

**LAUDO ARBITRAL DE:**

**COMSISTELCO S.A.S**

**Vs.**

**EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE  
BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB.**

**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN  
CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**

**LAUDO ARBITRAL DE:**

**COMSISTELCO S.A.S**

**Vs.**

**EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE  
BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB.**

**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN  
CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE COMSISTELCO S.A.S**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**  
**– ETB.**

**INDICE**

**I. ANTECEDENTES**

1. El Contrato
2. El pacto arbitral
3. Las Partes Procesales
  - 3.1. Convocante.
  - 3.2. Convocada.
  - 3.3 Ministerio Público
4. Trámite del Proceso
  - 4.1. La convocatoria del Tribunal Arbitral
  - 4.2. Designación de la árbitro
  - 4.3. Instalación
  - 4.4. Admisión de la demanda y Contestación.
  - 4.5. Audiencia de conciliación
  - 4.6. Honorarios y gastos del Tribunal
  - 4.7. Primera audiencia de trámite
  - 4.8. Instrucción del proceso
    - 4.8.1. Pruebas decretadas y practicadas
5. Presupuestos Procesales.
6. Término del proceso
7. La demanda
  - 7.1. Las Pretensiones:
  - 7.2. Los hechos de la demanda
8. Contestación de la demanda y Excepciones formuladas por la parte convocada:

**II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

- a. Primera Excepción de Mérito: Caducidad.
- b. Naturaleza Jurídica de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP -ETB-.
- c. Contratos de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP -ETB-.
- d. Naturaleza jurídica de COMSISTELCO S.A.S.
- e. Contrato de Colaboración Empresarial celebrado entre ETB y COMSISTELCO .
- f. Contrato de Prestación de Servicios No. 654 de 2013 celebrado entre la Superintendencia de Notariado y Registro y la ETB.
- g. Anexos Técnico y Financiero-comercial suscritos entre la ETB y COMSISTELCO.
- h. Contrato de Colaboración Empresarial: Según COMSISTELCO, Contrato de Adhesión con cláusulas abusivas.
- i. Contrato de Colaboración Empresarial: Contrato Asociativo.
- j. Existen cláusulas abusivas en el Contrato de Colaboración Empresarial?
- k. Cumplimiento del Contrato por COMSISTELCO
- l. Cumplimiento del Contrato por la ETB.
- m. El no pago por la SUPERINTENDENCIA.
- n. Discrepancia en cuanto al pago del anticipo y el pago anticipado.

- 
- o. Solicitud de Conciliación de COMSISTELCO S.A.S. ante la Procuraduría General de la Nación.
  - p. Los contratos estatales y las obligaciones de las entidades estatales con los contratistas.

**III. TACHA DE TESTIMONIOS**

- A. JUÁN PABLO VÉLEZ SANTACRUZ
- B. AUGUSTO SOTO OLIVEROS
- C. JUÁN CARLOS GÓMEZ RUIZ
- D. GUILLERMO IVÁN OCAMPO SEQUEDA
- E. JULIANA DEL PILAR CARO CARO
- F. PAOLA MARGARITA TORRES MUÑOZ

**IV. OTRAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PRESENTADAS POR LA PARTE CONVOCADA**

- Segunda Excepción de Fondo: Petición antes de tiempo y falta de causa para pedir. Inexigibilidad de la obligación de pago a cargo de ETB.
- Tercera Excepción de Fondo: Violación del principio "*pacta sunt servanda*".
- Cuarta Excepción de Fondo: ETB ha cumplido y sigue cumpliendo la obligación de cobro a favor suyo y de los colaboradores empresarios.
- Quinta Excepción de Fondo: Incumplimiento de COMSISTELCO frente a sus obligaciones contractuales.
- Sexta Excepción de Fondo: Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de las pretensiones que exceden el valor pactado en el Contrato de Colaboración Empresarial.

- V. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**
- VI. JURAMENTO ESTIMATORIO**
- VII. SANCIONES DEL ARTÍCULO 206 DEL C.G.P.**
- VIII. RESUELVE**

---

**TRIBUNAL ARBITRAL DE COMSITELCO S.A.S**  
**vs.**  
**EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**  
**– ETB.**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Surtidas todas las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 y encontrándose dentro de la oportunidad procesal para hacerlo, el Tribunal Arbitral profiere en derecho el Laudo que le pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre la sociedad **COMSISTELCO S.A.S** y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P.- ETB**, previos los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

**1. El Contrato:**

De conformidad con lo indicado en la demanda arbitral, el contrato origen de las controversias es el Contrato de Colaboración Empresarial suscrito entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P** y **COMSISTELCO LTDA (HOY COMSISTELCO S.A.S.)**, que obra en copia a folios 1 a 31 del Cuaderno 1 de Pruebas y cuyo objeto es:

*“Establecer las condiciones que regirán el presente acuerdo de Colaboración Empresarial mediante el cual las partes se comprometen a aunar esfuerzos para presentar una solución integral de telecomunicaciones a los CLIENTES de ETB. Se entiende por CLIENTES las personas naturales o jurídicas públicas o privadas a quienes ETB les ofrece bienes o servicios.*

*La solución integral estará compuesta por la prestación de servicios de telecomunicaciones a cargo de la Empresa en los casos que se requiera, y los servicios, equipos de telecomunicaciones, informáticos o aplicaciones por parte del COLABORADOR EMPRESARIO, de conformidad con lo señalado en los Anexos que se suscriban entre las partes para la solución que se acuerde con cada CLIENTE, en el que además constaran los aportes (...)*”

**2. El pacto arbitral:**

En el Contrato Colaboración Empresarial, las partes incluyeron el siguiente pacto arbitral:

*“CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.- Todas las controversias que se presenten entre las PARTES, relacionadas, entre otros, con la existencia, celebración, ejecución, interpretación, liquidación y en general cualquier asunto relacionado con este Acuerdo, serán decididas por un Tribunal de Arbitramento que fallará en derecho y que estará integrado por un (1) árbitro cuya designación será efectuada de común acuerdo por las Partes y, en caso de no lograr ese acuerdo, su nombramiento será efectuado por el Centro de Arbitraje de la*

---

*Cámara de Comercio de Bogotá, bajo las disposiciones de su reglamento. El Tribunal funcionará y emitirá el fallo en Bogotá D.C., el cual será en derecho.”*

---

**3. Las Partes Procesales:**

**3.1. Convocante:**

La parte CONVOCANTE en el presente trámite arbitral es la sociedad **COMSISTELCO S.A.S.**, en adelante **COMSISTELCO**, sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., cuya condición está acreditada con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folios 34 a 39 del Cuaderno Principal 1.

**3.2. Convocado:**

La parte CONVOCADA en el presente trámite arbitral es la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P – ETB**, en adelante **ETB**.

**3.3. Ministerio Público:**

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley 262 de 2000, se le informó al Ministerio Público sobre este proceso, quien delegó al doctor Carlos Alberto Mantilla Amén, procurador 132 judicial II para asuntos administrativos. El representante del Ministerio Público participó durante el trámite arbitral y conceptuó en la audiencia realizada el 18 de abril de 2017.

**4. Trámite del Proceso.**

**4.1. La convocatoria del Tribunal Arbitral:** El 7 de julio de 2016, a través de apoderado judicial, **COMSISTELCO** formuló demanda arbitral en contra de la **ETB**, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**4.2. Designación de la árbitro:** De conformidad con el pacto arbitral invocado y en vista de la falta de acuerdo de las partes para designar el árbitro que habría de integrar el Tribunal Arbitral, la misma fue designada bajo la modalidad de sorteo público, realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 11 de agosto de 2016.

Como resultado del sorteo se designó como árbitro principal a la doctora María Teresa Garcés Lloreda y como árbitro suplente al doctor Douglas Velásquez Jácome. La doctora María Teresa Garcés Lloreda, encontrándose dentro del término de ley, manifestó su aceptación a la designación.

Contando con la aceptación de la árbitro única, se procedió con la instalación del Tribunal en los términos de ley, de lo cual da fe el Acta No. 1 de 30 de septiembre de 2016.

**4.3. Instalación:** previas las correspondientes citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá al árbitro y a las partes, el 30 de septiembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de instalación, con la asistencia de los apoderados de ambas partes, de lo cual da fe el Acta N° 1, que obra a folios 149 a 154 del Cuaderno Principal 1, y en la cual se nombró como secretaria del Tribunal a la doctora María Isabel Paz Nates, se inadmitió la demanda por no cumplir con los requisitos de

admisibilidad previstos en la Ley y se suspendió por solicitud conjunta de las partes el proceso arbitral por 30 días.

**4.4. Admisión de la demanda y Contestación:** la demanda fue subsanada en debida forma y fue admitida mediante Auto N°4 de 10 de noviembre de 2016, notificado a la parte convocada y al Ministerio Público el 22 de noviembre de 2016.

La ETB contestó oportunamente la demanda el 26 de enero de 2017; del escrito de contestación se dio traslado a la parte convocante por Auto N°5 de 27 de enero de 2017, notificado en estado del 7 de febrero de 2017, quien se pronunció mediante escrito remitido por correo electrónico dirigido a la secretaria el 14 de febrero de 2017.

**4.5. Audiencia de conciliación:** El 3 de marzo de 2017 se surtió la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, sin que las partes llegaran a un acuerdo.

**4.6. Honorarios y gastos del Tribunal:** mediante Auto N° 8 de 3 de marzo de 2017, el Tribunal fijó los honorarios del árbitro, de la secretaria y los gastos administrativos de la Cámara de Comercio de Bogotá y otros gastos. Ambas partes pagaron oportunamente los valores fijados a su cargo.

**4.7. Primera audiencia de trámite:** el 4 de abril de 2017 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite en la que el Tribunal se declaró competente para conocer de las pretensiones formuladas en la demanda y decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y la contestación de la demanda.

El Ministerio Público, a través de su delegado, formuló recurso de reposición en contra del Auto No. 11, por medio del cual el Tribunal se declaró competente, por considerar que la Pretensión Segunda Principal de la demanda excedía la competencia del Tribunal Arbitral. Del recurso se corrió traslado a las partes. El Tribunal decidió reponer el Auto y declararse incompetente para conocer de la Pretensión Segunda Principal, manteniendo las demás decisiones adoptadas en el Auto objeto de reposición.

#### **4.8. Instrucción del proceso:**

##### **4.8.1. Pruebas decretadas y practicadas:**

###### **A. Documentales**

Se incorporaron en el expediente, con el valor que la ley les asigna los siguientes documentos:

###### **a) Por la parte convocante:**

- I. Documentos aportados con la demanda inicial relacionados en los folios 28 a 30 del cuaderno principal 1.
- II. Documentos aportados con la subsanación de la demanda relacionados en los folios 198 a 203 del cuaderno principal 1.

###### **b) De oficio:**

Se decretó la incorporación al proceso de la copia íntegra del expediente contractual del Contrato de Colaboración Empresarial suscrito entre **LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ESP** y **COMSISTELCO S.A.S.**, documento que fue

allegado al proceso por la **ETB** mediante memorial radicado el 27 de abril de 2017 que obra a folios 328 a 331 del Cuaderno Principal 1.

**B. Testimonios.**

A solicitud de la parte convocada, el Tribunal recibió los testimonios de las siguientes personas:

Testigo	Fecha y Acta	Folios
Juan Pablo Vélez Santacruz	19/04/2017 – Acta 8	316 Cuaderno Principal 1
Augusto Soto Oliveros	19/04/2017 – Acta 8	317 Cuaderno Principal 1
Juan Carlos Gómez Ruiz	19/04/2017 – Acta 8	318 Cuaderno Principal 1
Guillermo Iván Ocampo Sequeda	05/05/2017 – Acta 11	333 Cuaderno Principal 1
Juliana del Pilar Caro Caro	05/05/2017 – Acta 11	334 Cuaderno Principal 1
Paola Margarita Tórres Muñoz	05/05/2017 – Acta 11	335 Cuaderno Principal 1

Todos los testimonios recibidos por el Tribunal fueron tachados por el apoderado de la parte convocante con fundamento en lo previsto en el artículo 211 del Código General del Proceso.

**C. Interrogatorio de Parte**

A solicitud de la parte convocada, el 20 de abril de 2017, el Tribunal recibió el interrogatorio del señor Eliberto Olivares Guzmán (folios 325 del Cuaderno Principal 1)

**4.9. Alegatos:**

El 6 de junio de 2017, las partes presentaron alegatos de conclusión y el Ministerio Público rindió concepto ante el Tribunal Arbitral, los mismos aportaron escritos que fueron incorporados al expediente.

**5. Presupuestos Procesales.**

Encuentra el Tribunal que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales y no se advierte causal alguna de nulidad.

**5.1. Demanda en forma:** La demanda subsanada cumple con los requisitos exigidos por el artículo 82 del C.G.P. y demás normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal la sometió a trámite.

**5.2. Competencia:** Conforme se declaró en el Auto N° 12 de 4 de abril de 2017, el Tribunal es competente para conocer y decidir en derecho las pretensiones Primera, Tercera, Cuarta y Quinta Principales contenidas en la demanda presentada por **COMSISTELCO**.

**5.3. Capacidad:** Tanto la parte convocante como la parte convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto: por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido debidamente representadas al proceso.



---

## 6. Término del proceso

El artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, establece:

*“Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, **éste será de seis (6) meses**, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. Al comenzar cada audiencia el secretario informará el término transcurrido del proceso.”* (Negritas y subrayas fuera de texto original)

Corresponde al Tribunal, mediante el presente Laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno por encontrarnos dentro del plazo de seis meses de la norma citada. En efecto, como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 4 de abril de 2017, a la fecha han transcurrido cuatro (4) meses y dos (2) días del plazo legal de (6) meses, por lo que el término del proceso vence el 4 de octubre de 2017, razón por la cual el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

## 7. La demanda:

### 7.1. Las Pretensiones:

En la demanda, la sociedad **COMSISTELCO** formuló al Tribunal Arbitral las siguientes pretensiones:

**“PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL.** - Que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas contenidas en el contrato de adhesión y sus anexos, suscrito entre **LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Y COMSISTELCO S.A.S.** relativas a la irresponsabilidad y falta de obligaciones de pago a cargo de la **LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** para con **COMSISTELCO S.A.** por los servicios prestados por esta última a los clientes.

**SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL.** - Que debido al incumplimiento de **LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** del Contrato de Prestación de Servicios No. 654 de 2013. **COMSISTELCO** no ha recibido el pago por las labores ejecutadas que se derivaron del “ANEXO TECNICO, AL ACUERDO DE COLABORACION EMPRESARIAL SUSCRITO ENTRE **LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Y COMSISTELCO S.A.S.** PARA EL DESARROLLO DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No. 654 DE 2013. CELEBRADO ENTRE LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO -SNR- Y LA **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (ETB)**”.

**TERCERA PRINCIPAL.** - Que se declare que la **ETB** ha incumplido el CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL suscrito entre **LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Y COMSISTELCO S.A.S.**

**CUARTA PRETENSION PRINCIPAL.** - Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la **ETB** a pagar el valor total adeudado a **COMSISTELCO**, con sus correspondientes intereses de mora a la máxima tasa legal, por la ejecución de las obligaciones previstas en el ANEXO TECNICO AL ACUERDO DE COLABORACION EMPRESARIAL suscrito por las partes.

---

**QUINTA PRETENSION PRINCIPAL.** - *Que se condene a la Demandada a pagar a mi representada las costas y agencias en derecho del presente caso."*

---

Teniendo en cuenta lo decidido por el Tribunal en la Primera Audiencia de Trámite, mediante Auto N° 12, su competencia está limitada a conocer y decidir las pretensiones Primera Principal, Tercera Principal, Cuarta Principal y Quinta Principal, excluyendo así de su competencia la Pretensión Segunda Principal, por exceder las facultades que le fueron conferidas por las partes en el Pacto Arbitral.

## **7.2. Los hechos de la demanda:**

Las pretensiones formuladas por **COMSISTELCO** se encuentran soportadas en los hechos que a continuación se resumen:

1. El 29 de agosto de 2008 **COMSISTELCO** y la **ETB** suscribieron un contrato denominado Contrato de Colaboración Empresarial cuyo objeto, según lo previsto en la Cláusula Primera, era el de establecer condiciones para que las partes aunaran esfuerzos para presentar una solución integral de telecomunicaciones a los clientes de **ETB**.
2. El 9 de julio de 2013, la **ETB** suscribió el Contrato de Prestación de Servicios No. 654 de 2015 con la **SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO (SNR)**.
3. El 5 de julio de 2013 **ETB** invitó a presentar ofertas a varias empresas que habían suscrito con ésta Contratos de Colaboración Empresarial, para atender las obligaciones adquiridas en virtud del Contrato de Prestación de Servicios No. 654 de 2015 celebrado con la **SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO**, en adelante **SNR**.
4. **COMSISTELCO** presentó oferta y resultó adjudicataria de la invitación 20133751587, motivo por el cual suscribió con la **ETB** el documento denominado Anexo Técnico al Acuerdo de Colaboración Empresarial suscrito entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P** y **COMSISTELCO S.A.S** para el desarrollo del Contrato del Contrato de Prestación de Servicios No. 654 de 2015 con la **S.N.R.**
5. Refiere el demandante que el contrato se cumplió a cabalidad por **COMSISTELCO** según las actas de entrega que se aportaron como prueba dentro del proceso Arbitral.
6. Asegura igualmente el demandante que pese a haber cumplido con la totalidad de las obligaciones contractuales la **ETB** no ha pagado a **COMSISTELCO** el valor de las obligaciones ejecutadas.
7. Indica que, según lo expresado por la **SNR**, **ETB** ha incumplido con el Contrato de Prestación de Servicios No. 654 de 2015, razón por la cual los pagos no han sido efectuados.
8. Pese a múltiples requerimientos por parte de **COMSISTELCO** a la **ETB**, esta última ha indicado que el pago no se ha efectuado por divergencias contractuales existentes entre esta y la **SNR**.

8. Contestación de la demanda y Excepciones formuladas por la parte convocada:

La **ETB**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. *Caducidad.*
2. *Petición antes de tiempo y falta de causa para pedir. Inexigibilidad de la obligación de pago a cargo de la **ETB**.*
3. *Violación del Principio de Pacta Sunt Servanda.*
4. ***ETB** ha cumplido y sigue cumpliendo su obligación de cobro a favor suyo y de los colaboradores empresario.*
5. *Incumplimiento de **COMSISTELCO** frente a sus obligaciones contractuales.*
6. *Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de las pretensiones que exceden el valor pactado en el Contrato de Colaborador Empresario.*

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El presente proceso arbitral tiene por objeto dirimir las controversias surgidas entre **COMSISTELCO S.A.S.** y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP -ETB-**.

En primer término, dada la importancia que tiene el tema respecto de la competencia del Tribunal, se procede a analizar lo relativo a la primera excepción de mérito sobre la caducidad de la acción, propuesta por la parte Convocada, así:

a. **Primera Excepción de Mérito: Caducidad.**

Manifestó la Convocada que de conformidad con la Ley 489 de 1998 las empresas de servicios públicos de carácter mixto poseen el carácter de entidad pública, de donde se desprende que sus controversias tienen un procedimiento específico a seguir, que es el administrativo. Así se trate de un contrato de naturaleza privada, como el de Colaboración Empresarial suscrito entre **ETB** y **COMSISTELCO**, las normas procesales aplicables son las de derecho administrativo, y dentro de éstas, el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que regula el término de caducidad: "...Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos años que se empezará a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras éste se encuentre vigente..."

Sostuvo que teniendo en cuenta que la demandante pretende la nulidad de las cláusulas abusivas contenidas en el contrato de adhesión y sus anexos, suscrito entre la **ETB** y **COMSISTELCO**, relativas a la irresponsabilidad y falta de obligaciones de pago a cargo de la **ETB** para **COMSISTELCO**, por los servicios prestados por esta última a **LOS CLIENTES**, la acción impetrada indefectiblemente caducó.

Lo anterior, en virtud de que el contrato de colaboración empresarial se suscribió el 29 de agosto de 2008, por lo cual hasta el 10 de agosto de 2010 **COMSISTELCO** podía demandar la nulidad relativa del contrato. En relación con el Anexo Técnico y Financiero-comercial, suscrito el 26 de julio de 2013, aunque la parte demandante solicitó la conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, dentro de ésta no se incluyeron pretensiones de nulidad, lo que implica que no se interrumpió la caducidad frente a las mismas, y por lo mismo la acción correspondiente debió instaurarse antes del 26 de julio de 2015, circunstancia que no ocurrió.

Concepto del Ministerio Público.

En relación con esta excepción conceptúa el Ministerio Público que el término para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales referido al “contrato” se encuentra vigente. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del CPACA, el cómputo de los dos años principiará a partir de la liquidación del contrato, cosa que, a la fecha no ha sucedido o, cuando menos, nada a propósito se encuentra probado en el proceso.

La cláusula 9 del “contrato” estableció un plazo de vigencia del mismo de un año prorrogable automáticamente por períodos iguales, “...salvo que alguna de las partes manifieste a la otra parte con por lo menos cuarenta y cinco (45) días calendario de anticipación a la fecha de terminación del plazo o cualquiera de sus prórrogas”. Sobre la manifestación de terminación del “contrato” nada se probó en el proceso y, por lo tanto, el mismo se encuentra vigente.

Por otra parte, la cláusula 30 ibídem establece que finalizado el “contrato” o los respectivos anexos “... deberá liquidarse mediante acta que debe ser elaborada y suscrita por las partes dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de terminación”. A su turno, el anexo técnico al Acuerdo de Colaboración Empresarial suscrito entre la **ETB** y **COMSISTELCO** para el desarrollo del contrato de prestación de servicios No. 654 de 2013 celebrado entre la Superintendencia Nacional Notariado y Registro y la **ETB** estableció en su Cláusula 6 que el plazo de ejecución sería hasta el 31 de julio de 2014.

*Concluye que “en relación con las controversias suscitadas entre los extremos de la presente Litis relativos al anexo técnico suscrito para el desarrollo del contrato de prestación de servicios No. 654 de 2013, el término de caducidad del medio que se computa luego de vencido el término de tres meses pactado por las partes para la liquidación del mismo (cláusula 30 del contrato), es decir, a partir del primero de noviembre de 2014, por lo que la demanda podría ser interpuesta hasta el 1º. de noviembre de 2016. Teniendo en cuenta que la convocatoria del Tribunal de Arbitramento fue presentada el 7 de julio de 2016, lo fue en término.*

*En este punto debe precisarse, finalmente, que la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad no es necesaria para acudir a la justicia arbitral, en los términos del parágrafo 5º. del artículo 2.2.4.3.1.1.2 del Decreto 1069 de 2015, por lo que las alegaciones que sobre el particular presentó la convocada, no deben ser consideradas.”*

Por tales razones considera la vista fiscal que la excepción propuesta sobre este particular por la Convocada debe ser despachada desfavorablemente.

Expresa la **ETB** que para el tiempo en que se presentó la demanda la Acción ya había caducado, por cuanto este arbitraje es administrativo en consideración a que la **ETB** es una entidad pública, por lo cual se le debe aplicar a la acción incoada lo dispuesto en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual: “Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar

*será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.”*

Para resolver el asunto, el Tribunal hace los siguientes planteamientos:

En el caso del Acuerdo de Colaboración Empresarial celebrado entre la **ETB** y **COMSISTELCO**, es claro que, en primer término, es de tracto sucesivo, no ha sido liquidado y se encuentra en plena ejecución y que, de acuerdo con las normas analizadas, se trata de un contrato que se rige por el Derecho Privado, por lo cual no está sujeto a las normas sobre liquidación contenidas en la Ley 80 de 1993 ni en la Ley 1150 de 2011.

No obstante, en materia de caducidad a este tipo de contratos se les aplican las normas de la Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 164 de este estatuto:

*“ART.164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: ...2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*

*“j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*“Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.*

*“En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:*

*“i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*

*“ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;*

*“iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;*

*“iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*

*“v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga”.*

Teniendo en cuenta que en el presente caso la Convocante solicitó la nulidad de las cláusulas del Contrato de Adhesión que señaló como abusivas, es preciso señalar que la nulidad pedida, de acuerdo con los términos de la demanda, es absoluta, teniendo en cuenta que se trata de la violación de normas de orden público que regulan el contrato y que, en el caso del Acuerdo de Colaboración Empresarial, la **ETB** le impuso a la Convocante firmar un texto pre hecho, que no pudo discutir o modificar y que en su criterio favorecía los intereses de la **ETB** en desmedro de **COMSISTELCO**. Dice la Convocante que *“Al evidenciarse que una cláusula abusiva es una forma de abusar de un*

TRIBUNAL ARBITRAL DE COMSISTELCO S.A.S  
vs  
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P – ETB-  
Laudo Arbitral

*derecho, se viola directamente una norma imperativa como lo es el numeral 1º. del artículo 95 de la Constitución Política y según las voces del artículo 899 del Código de Comercio, numeral 1, será nulo de forma absoluta el negocio jurídico cuando viole una norma imperativa, se puede concluir que el pactar una cláusula abusiva en un contrato de adhesión, tiene como consecuencia directa su declaratoria de nulidad absoluta por parte de un juez de la República.”*

Por fundarse la demanda en la nulidad absoluta, de conformidad con lo previsto en el artículo 164, num.2, j) del CPACA, es posible solicitar su declaratoria en cualquier momento mientras el contrato esté vigente, porque la cláusula 9ª. del “Acuerdo” estableció un plazo de vigencia del mismo de un año prorrogable automáticamente por períodos iguales, “...salvo que alguna de las partes manifieste a la otra parte con por lo menos cuarenta y cinco (45) días calendario de anticipación a la fecha de terminación del plazo o cualquiera de sus prórrogas”. Esta terminación no ha tenido lugar, por lo cual el contrato no ha sido liquidado y se encuentra vigente.

Por otra parte, la cláusula 30 del Acuerdo establece que finalizado el “contrato” o los respectivos anexos “... deberán liquidarse mediante acta que debe ser elaborada y suscrita por las partes dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de terminación”. A su turno, el anexo técnico al Acuerdo de Colaboración Empresarial suscrito entre la **ETB** y **COMSISTELCO** para el desarrollo del contrato de prestación de servicios No. 654 de 2013 celebrado entre la Superintendencia Nacional Notariado y Registro y la ETB estableció en su Cláusula 6 que el plazo de ejecución sería hasta el 31 de julio de 2014. No obstante, el Anexo Técnico no ha sido liquidado.

O sea que en relación con el Anexo Técnico financiero-comercial, el cálculo de los dos años para la caducidad de la acción de nulidad no ha empezado a contarse por lo cual la demanda, presentada el 7 de julio de 2016 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, lo fue dentro del término exigido por la Ley.

Expresa la parte Convocada que en relación con el Anexo Técnico y Financiero-comercial, suscrito el 26 de julio de 2013, aunque la parte demandante solicitó la conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, dentro de ésta no se incluyeron pretensiones de nulidad, lo que implica que no se interrumpió la caducidad frente a las mismas, y por lo mismo la acción correspondiente debió instaurarse antes del 26 de julio de 2015, circunstancia que no ocurrió.

Valga añadir a las consideraciones sobre la inexistencia de caducidad de la acción, que la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad no es necesaria para acudir a la justicia arbitral, en los términos del parágrafo 5º. del artículo 2.2.4.3.1.1.2 del Decreto 1069 de 2015, por lo que los argumentos de la Convocada en este sentido tampoco deben ser acogidos por el Tribunal.

Concluye el Tribunal, de acuerdo con la vista fiscal, que la excepción de caducidad, propuesta por la Convocada, será despachada desfavorablemente.

**b. Naturaleza Jurídica de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP -ETB-.**

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., en adelante **ETB**, es una empresa de servicios públicos mixta, en la cual el 88.39% de las acciones corresponde a entidades estatales, que opera en el sector de telecomunicaciones desde el año 1884. Se dedica a prestar una amplia gama de servicios, entre los cuales comunicación alámbrica, inalámbrica, internet móvil (incorporando el sistema 4G), así como televisión por cable. Conforme

con lo establecido por los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, forma parte de la Rama Ejecutiva de la Administración a nivel Distrital -sector descentralizado por servicios- y según lo dispuesto por el artículo 84 de la misma Ley, como empresa oficial de servicios públicos se sujeta a lo dispuesto por las Leyes 142 de 1994 y 1341 de 2009 y a las disposiciones que las han modificado.

**c. Contratos de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP -ETB-.**

A continuación analizaremos las normas sobre el régimen legal de estos contratos:

La Ley 142 de 1994 dispone:

**“Artículo 31. Régimen de la contratación.** <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

*“Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativo. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.*

**“Parágrafo.** Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.”

Los artículos 32 y 39 prevén:

**“ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS.** Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

*“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE COMSISTELCO S.A.S  
vs  
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P – ETB-  
Laudo Arbitral

*“Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.”*

La **Ley 1341 de 2009**, en concordancia con la normatividad de servicios públicos, en su artículo 55 reiteró que los actos y contratos de los proveedores de la información y las comunicaciones se rigen por las normas del Derecho Privado.

Concuerda con lo anterior el artículo 13 de la **Ley 1150 de 2007** “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, al disponer:

*“Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.*

El Consejo de Estado ha reiterado este criterio, como puede leerse en sentencia reciente<sup>1</sup>:

*“Es importante anotar que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios están sometidas a un régimen jurídico especial, esto es, el consagrado en los artículos 365 a 370 de la Constitución Política y en la ley 142 de 1994, según lo determinó expresamente el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 17 de esta última, lo que fue ratificado por el artículo 84 de la ley 489 de 1998.*

*“En ese mismo orden de ideas, el artículo 31 de la ley 142 de 1994 dispuso que los contratos que celebraran las empresas de servicios públicos domiciliarios no se sometían a las disposiciones de la ley 80 de 1993, con las variantes que esa misma norma estableciera, y el artículo 32 de la ley 142 de 1994 precisó que sus actos se regularían por el derecho privado”*

Con fundamento en estas normas, es necesario concluir que el régimen de contratación de las entidades estatales que prestan servicios públicos, entre ellas la **ETB**, es de Derecho Privado, no obstante lo cual, la jurisdicción competente para conocer de las controversias que se presenten es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por disposición del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y del número 2 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

**d. Naturaleza jurídica de COMSISTELCO S.A.S.**

**COMSISTELCO S.A.S.** es una sociedad comercial por acciones simplificada, de carácter privado, cuyo objeto es el desarrollo de actividades relacionadas con la informática y las telecomunicaciones.

<sup>1</sup> Sentencia nº 50001-23-31-000-2000-00167-01(31572) del Consejo de Estado - Sección Tercera, de 25 de Junio de 2014.



**e. Contrato de Colaboración Empresarial celebrado entre ETB y COMSISTELCO .**

La **ETB** celebró con **COMSISTELCO** un Contrato estatal de Colaboración Empresarial el 29 de agosto de 2008, que se rige por el derecho privado, con el objeto de “aunar esfuerzos para presentar una solución integral de telecomunicaciones a los **CLIENTES** de **ETB**”.

La **ETB** presenta este contrato como un formato que no es discutido con sus “colaboradores”, quienes se limitan a aceptarlo o no, con el objeto de ser aliados potenciales en posibles negocios, en los términos pactados, y con las especificidades de los Anexos, para atender de manera integral las necesidades de los **CLIENTES** que acudan a la **ETB**. El Colaborador Empresarial participará, entre otros, suministrando, instalando y realizando la puesta en servicio de los equipos, aplicaciones o servicios, asesorando, ejecutando labores de consultoría, mantenimiento y/o soporte.

En desarrollo del Contrato, **ETB** actúa como integrador de la solución que se les da a los **CLIENTES** y será el encargado de presentar la oferta y suscribir los contratos con éstos.

En los casos en que **ETB** escoja al Colaborador Empresarial para atender una solución integral, se suscribirá el respectivo anexo que reflejará las obligaciones que la **ETB** adquiere con el **CLIENTE**, **ETB** podrá solicitar varias propuestas a diferentes Colaboradores Empresarios y escogerá la que considere que se ajusta mejor a los intereses de la solución integral.

**f. Contrato de Prestación de Servicios No. 654 de 2013 celebrado entre la Superintendencia de Notariado y Registro y la ETB.**

Se trata de un contrato interadministrativo, regido por las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012, celebrado el 19 de julio de 2013, cuyo objeto es la operación de los servicios de comunicaciones, hosting dedicado de back office, hosting dedicado del sistema de información registral – SIR, y los servicios asociados a punto único de contacto de servicio para infraestructura y ofimática incluyendo mesa de ayuda para el soporte de aplicaciones, a la administración, soporte y mantenimiento del SIR, a la migración de información registral del sistema folio magnético a SIR, y a videoconferencia y telefonía IP, que garanticen la continuidad en las operaciones de la Superintendencia de Notariado y Registro.

El proyecto estableció siete líneas de servicio que garantizan la continuidad de las operaciones de la **SNR**, y la coordinación integrada a través de una oficina de gestión de proyectos -PMO- orientada por las mejores prácticas definidas por el PMI (Project Management Institute). Dentro de estas siete líneas está la de Servicios de Energía, Soporte y respaldo a las infraestructuras de las redes eléctricas y de datos en las sedes del nivel central de la **SNR** y en las oficinas de registro de instrumentos públicos a nivel nacional (Energía).

**g. Anexos Técnico y Financiero-comercial suscritos entre la ETB y COMSISTELCO.**

La **ETB** invitó a presentar ofertas el 5 de julio de 2013 mediante unos Términos de Referencia con el objeto de contratar los servicios de energía, soporte y respaldo a las infraestructuras de las redes eléctricas y de datos en las sedes

del nivel central de la Superintendencia de Notariado y Registro y en las Oficinas de Instrumentos Públicos a nivel nacional.

**COMSISTELCO** presentó oferta y una vez aceptada la misma por la **ETB**, suscribieron el ANEXO TÉCNICO al Acuerdo de Colaboración Empresarial, para el desarrollo del Contrato de Prestación de Servicios No. 654 de 2013, celebrado entre la **ETB** y la **SUPERINTENDENCIA**.

En cuanto al plazo de ejecución se convino en la cláusula sexta que se cumpliría el 31 de julio de 2014 y estaría dividido en dos fases: La primera denominada de transición con duración de tres meses y la Segunda Fase de operación de la línea de servicio hasta el 31 de julio de 2014.

En el Anexo Financiero-comercial se estableció el valor de la participación de **COMSISTELCO** en la suma \$782'304.891 con un IVA de \$125'168.783 para un total de \$907'473.674, valor que se transferiría en hasta 10 mensualidades, una vez realizadas las respectivas conciliaciones.

**COMSISTELCO** manifestó en la demanda, que pese al cumplimiento satisfactorio de sus obligaciones contractuales, en el marco del anexo técnico, la **ETB** no ha cancelado el pago por las labores ejecutadas.

**h. Contrato de Colaboración Empresarial: Según COMSISTELCO, Contrato de Adhesión con cláusulas abusivas**

**COMSISTELCO** sostiene que del análisis de los artículos 83 y 333 de la Constitución Política y de los artículos 1.603 del Código Civil Colombiano y 871 del Código de Comercio, la buena fe es un presupuesto necesario que deben cumplir los contratos, exigiendo a las partes proceder con corrección y lealtad, como conducta debida al celebrar, interpretar y ejecutar el contrato.

Cita jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia y concluye que *"La empresa cumple una función social y pese a que tiene una amplia discrecionalidad, cuando sus decisiones no son razonables y afectan derechos de rango constitucional de la otra parte, deben prevalecer los derechos de esta última."* Añade que: *"El juez en sus providencias debe hacer respetar la finalidad del contrato y sus legítimas expectativas, evitando que se impongan condiciones que desequilibren gravemente el contrato o permitiendo que una de las partes quede al arbitrio de la otra para imponer reglas que no tengan en cuenta el interés de las dos partes."*

Transcribe un aparte de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de octubre de 1994<sup>2</sup>: *"En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que cuando ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización."*

Según la Convocante, el Contrato de Colaboración Empresarial, así como el Anexo Técnico suscritos por la **ETB** y **COMSISTELCO**, son contratos de adhesión *"como quiera que era una condición de ETB que los interesados en desarrollar labores conjuntas debían cumplir."*

<sup>2</sup> Exp. 3972. MP Esteban Jaramillo Scholss.

Cita la Ley 1480 de 2011 por la cual se expide el Estatuto del Consumidor, por ser el primer acercamiento a una definición sobre lo que es un contrato de adhesión, al disponer:

**“ARTÍCULO 5º. DEFINICIONES.** Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

**“4. Contrato de adhesión:** Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.”

A continuación cita la Sentencia de 8 de mayo de 1974 de la Corte Suprema de Justicia que se refiere a las características de este contrato:

*“Son elementos característicos del contrato de adhesión, a saber: La imposición por una de las partes de la “Ley del Contrato”; el papel pasivo de una de ellas reducido a la simple aceptación o rechazo de la oferta; la existencia de un formulario tipo; la imposibilidad de discutir las estipulaciones y el hecho de que uno de los contratantes ejerce un ascendente económico o moral que lleva a otro a prestar su voluntad, sin discutir.”*

En el caso del Contrato de Colaboración Empresarial dice la convocante que **COMSISTELCO** tuvo un papel totalmente pasivo, limitándose a aceptar dicho clausulado, sin posibilidad de discusión o modificación, por lo cual dicho contrato es de adhesión.

Recalca la posición de dominio contractual que tenía la demandada frente a **COMSISTELCO** *“toda vez que la única forma de poder contratar con ella en el mercado era mediante este tipo de contrato, aceptando todo el clausulado, bajo todas y cada una de las condiciones impuestas por ella.”*

En el alegato de conclusión **COMSISTELCO** cita el testimonio del señor GUILLERMO IVÁN OCAMPO quien se desempeñó como Vicepresidente Empresarial y Gobierno de la **ETB** y manifiesta que se trata de contratos estándar.<sup>3</sup> De igual manera se refiere en el mismo sentido a la declaración de la señora JULIANA DEL PILAR CARO CARO empleada de la Empresa Getronics contratista de la **ETB**.<sup>4</sup> Y cita también al doctor JUAN PABLO VÉLEZ SANTACRUZ quien se desempeñó como Gerente de Soluciones TI Experiencia Cliente en la **ETB**.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> DR. ORTEGÓN: Puede precisar usted la respuesta, le pregunté si **COMSISTELCO** tuvo la posibilidad de por iniciativa propia incluir... cláusulas específicas, sí pudo o no pudo.

SR. OCAMPO: En este momento no me acuerdo, la discusión de esa de poner o quitar cláusula la mira más la gente que está al frente de eso pero en teoría lo que le puedo decir es, no, normalmente no se cambian cláusulas de colaborador empresario, eso es un contrato muy estándar.

<sup>4</sup> DR. ORTEGÓN: Voy a precisar la pregunta, no estoy haciendo referencia a los contratos de proveedores sino a los contratos de colaboración empresario y quisiera que le indicara al despacho una cláusula específica que haya sido objeto de exclusión por solicitud de Getronics en el marco de esos contratos de colaboración empresario que usted recuerde.

SRA. CARO: No, no le hemos hecho ninguna exclusión a ese contrato porque además hemos venido trabajando con él y lo conocíamos perfectamente.

DR. ORTEGÓN: ¿Quién prepara el clausulado de ese tipo de contratos de colaborador empresario?

SRA. CARO: ETB.

<sup>5</sup> DR. GUTIÉRREZ: En términos generales puede usted explicarnos el proceso de contratación de los colaboradores empresariales?

SR. VÉLEZ: Claro, esa era nuestra gestión, básicamente se salía a hacer un estudio de mercado cuando se abría una necesidad específica en un cliente, en el área dentro de mi gerencia había personas indicadas para hacer y salir a hacer un estudio de mercado y determinar a través de ese estudio de mercado qué compañías podrían suplir de la mejor manera las necesidades planteadas por nuestros clientes finales, hablo cuando yo estaba en ETB.

En el caso específico de Supernotariado se hizo un estudio entiendo y esa era la política de cómo se debía contratar colaborador empresario, se debía salir al mercado, determinar y detectar quiénes cumplían con los requerimientos que el cliente tenía y lo que ETB quería ofrecerle a ese cliente a través de la solución de esos requerimientos, en salida se escogían mínimo tres proveedores y de esos tres se ponía a competir con base en las mismas variables que le interesaban a ETB.

Una vez se tenía definido quién ganaba en franca lid, una competencia completamente abierta, con unos pliegos de RFI supremamente bien definidos, se ponían a competir tres proveedores y el que ganaba de acuerdo a una evaluación que también era totalmente objetiva era el que quedaba como proveedor de esa línea específica.

DR. GUTIÉRREZ: Algún proveedor podía simplemente decir negocio con usted los términos del contrato o los tenía que aceptar tal cual...?

Aduce que, siendo un contrato de adhesión, no podía contener cláusulas abusivas y, para determinar el contenido de éstas, acude a la citada Ley 1480 de 2011, cuyo artículo 42 dispone:

**“ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN.** Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

*“Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.”*

A continuación la Convocante expresa que debe acudir a criterios jurisprudenciales para determinar lo que es una cláusula abusiva y al respecto cita la frase contenida en la Sentencia de Casación del 2 de febrero de 2001<sup>6</sup>:

*“favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”.*

Afirma que resulta relevante la posición de los pronunciamientos arbitrales y cita el Laudo del 23 de febrero de 2007 de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>7</sup>:

*“Son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual”.*

Finalmente pone de presente una posición doctrinal de Luis Díez-Picazo y Ponce de León<sup>8</sup>: *“Las cláusulas serán abusivas si atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante, o si introducen limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los adherentes.”*

*“... Las cláusulas serán abusivas cuando supriman o reduzcan obligaciones o responsabilidades del predisponente y cuando aumenten las cargas y las obligaciones del adherente.”*

La Convocante concluye que en el Contrato de Colaboración Empresarial y en el Anexo se encuentran cláusulas abusivas, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina antes citadas, a saber:

**“CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.** Sin perjuicio de las obligaciones previstas en otras cláusulas del presente Acuerdo y sus Anexos, las partes se comprometen a:

**“A. OBLIGACIONES DE ETB:**

**“1. Integrar y ofrecer las soluciones requeridas por el CLIENTE, atendiendo de manera adecuada a sus necesidades, contemplando los bienes y servicios**

SR. VÉLEZ: Claro debía aceptarlos porque eran fruto de un RFI, de un documento y por qué debía aceptarlos? Porque ese era el condicionamiento que el cliente estaba esperando recibir.

DR. GUTIÉRREZ: De ese condicionamiento se generaba del contrato principal?

SR. VÉLEZ: Claro.

<sup>6</sup> MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 5670

<sup>7</sup> Arbitros David Luna Bisbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcia Castillo

<sup>8</sup> Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Civitas. Madrid, España, pag. 378 y ss

ofrecidos por el colaborador empresario, según lo establecido en los respectivos anexos.

(...)

"7. Facturar, distribuir y recaudar el valor de la solución integral de conformidad con lo previsto en el presente Acuerdo y sus Anexos. **ETB** realizará estas actividades de conformidad con sus políticas de facturación, distribución y recaudo, las cuales declara conocer el colaborador empresario. En relación con el recaudo de las sumas de dinero que los clientes cancelen, **ETB** adquiere frente al colaborador empresario una obligación de medio y no de resultado, de modo que la empresa no responderá por las sumas no pagadas por los clientes.

"8. Conciliar las cuentas facturadas y recaudadas en los términos señalados en los respectivos anexos.

"9. Transferir al colaborador empresario las sumas efectivamente recaudadas y conciliadas correspondientes a su participación, previa la deducción de las retenciones legales que corresponda.

(...)

**"PARÁGRAFO. ETB no asume ni compromete su presupuesto para la transferencia de la participación a favor del colaborador empresario, la cual está sujeta a los pagos que realice el cliente. La transferencia de la participación está condicionada a que el cliente cancele oportunamente los valores por los conceptos involucrados en la solución integral contratada.**

**CLÁUSULA SEXTA. FACTURACIÓN Y RECAUDO.** Para efectos del desarrollo del presente contrato el colaborador empresario confiere mandato a **ETB** con el objeto de que ésta, como mandataria, facture y recaude por cuenta del colaborador empresario en su calidad de mandante, el valor que le corresponde a título de participación, para los servicios, aplicaciones o equipos ofrecidos al Cliente en virtud de la solución integral. El presente mandato se confiere a título gratuito.

(...)

Los valores recaudados por **ETB** de los **CLIENTES** a quienes se les haya facturado los conceptos objeto del presente contrato, serán conciliados por las partes conforme con el proceso conciliatorio mensual que será realizado entre **ETB** y el **COLABORADOR EMPRESARIO** de acuerdo con lo previsto en el presente documento y el Formulario B denominado "Aspectos Procedimentales".

(...)

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** La obligación asumida en virtud del mandato por **ETB**, será de medio y no de resultado, y no constituye fuente de responsabilidad frente al **COLABORADOR EMPRESARIO** por la ausencia en el pago que deba hacer el cliente."

Según la demanda, las anteriores cláusulas citadas son abusivas, por cuanto queda en evidencia el abuso del derecho y el quebrantamiento del principio de buena fe, al ser impuesto dicho tipo de clausulado en un contrato de adhesión.

Al no existir una norma específica que regule las consecuencias, dice el Convocante, que es preciso acudir al artículo 95 de la Constitución, en cuanto

exige respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y al numeral 1º. del artículo 899 del Código de Comercio que dispone que será nulo de forma absoluta el negocio jurídico cuando viole una norma imperativa y acude en apoyo de esta tesis al laudo arbitral del 23 de febrero de 2007 de la Cámara de Comercio de Bogotá antes mencionado.

Reitera **COMSISTELCO**, en el alegato de conclusión, que el Contrato de Colaboración entre **COMSISTELCO** y **ETB** es un Contrato de Adhesión en el que se estipula una Cláusula abusiva en la que **ETB** obliga a sus “aliados” a aceptar de forma desmedida un riesgo pese a que no reciben anticipos por las labores ejecutadas. Sustenta la afirmación con las declaraciones testimoniales del señor JUAN CARLOS GÓMEZ RUÍZ.<sup>9</sup>

#### i. Contrato de Colaboración Empresarial: Contrato Asociativo

El señor Delegado del Ministerio Público considera, con razón, respecto de la tipología contractual, que se trata de un claro negocio jurídico de colaboración y no de contraprestación, en el que no hay en efecto una contraposición de intereses, sino una conciliación de los mismos para obtener un beneficio común; por ello es un contrato de cuentas de participación, el cual se encuentra definido por el artículo 507 del Código de Comercio, a saber:

**“ARTÍCULO 507. <DEFINICIÓN DE CUENTAS DE PARTICIPACIÓN>. La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.”**

No obstante pertenecer a los contratos de colaboración empresarial, los pactos específicos de las partes y particularmente el que sea la **ETB** la que lidere la gestión y suscriba los contratos con los clientes, impone que **COMSISTELCO** sea un partícipe oculto que realiza sus aportes en los términos definidos en el anexo correspondiente, pero no actúa ante los clientes de manera autónoma, sino sujeto a las instrucciones de la **ETB**.

El señor Delegado de la Procuraduría se refiere también a la coligación negocial como figura que también describe la concurrencia de varios negocios jurídicos con una finalidad específica que los liga. No obstante cada tipo negocial conserva su individualidad. Sobre el particular el Consejo de Estado manifestó que: *“... a partir de los diferentes conceptos que sobre la materia se han elaborado es posible concluir que para identificar su existencia se requiere al menos de la concurrencia de dos elementos estructurales, sin los cuales esta figura del derecho no podrá llegar a concretarse; uno, la presencia de dos o más contratos y, el otro, el nexo entre ellos, el cual, pese a vincularlos entre sí, no da lugar a la conformación de un solo negocio jurídico, es decir, no anula la naturaleza y autonomía de cada uno de los contratos que intervienen en la*

<sup>9</sup> DR. GUTIÉRREZ: Una vez se aceptan esos contratos y una pregunta ya que usted manejó varias líneas y me imagino que fue supervisor de varios contratos, los pagos solamente se realizan una vez que el cliente haya pagado?  
SR. GÓMEZ: Bajo la figura de colaborador empresarial, sí.  
DR. GUTIÉRREZ: O sea ETB no compromete recursos?  
SR. GÓMEZ: No compromete recursos.  
DR. GUTIÉRREZ: Pero ETB si obtiene utilidades, una vez el cliente paga?  
SR. GÓMEZ: Claro.  
DR. GUTIÉRREZ: O sea ETB no asume riesgos.  
SR. GÓMEZ: No entiendo la pregunta.  
DR. GUTIÉRREZ: O sea si el cliente paga ETB gana, si el cliente no paga ETB no pierde?  
SR. GÓMEZ: Es igual que los aliados ETB también espera que se recaude por parte del cliente para de esa misma forma transferirles a los aliados.  
DR. GUTIÉRREZ: Los aliados tienen que ver con el recaudo?  
SR. GÓMEZ: Sí.  
DR. GUTIÉRREZ: Y alguna relación con el recaudo o el recaudo lo hace ETB?  
SR. GÓMEZ: El recaudo lo hace ETB.

*relación negocial, los cuales, por tanto, mantienen su individualidad y se siguen regiendo por las normas del derecho que les sean propias.”<sup>10</sup>*

Con fundamento en lo anterior, concluye el señor Delegado del Ministerio Público que el Contrato de Colaboración Empresarial es un contrato marco que pretende regular las relaciones comerciales entre la **ETB** y **COMSISTELCO** con el objeto de desarrollar soluciones en materia de telecomunicaciones para los clientes de aquella. Es claro entonces que el Contrato de Colaboración Empresarial y sus Anexos suscritos por **ETB** y **COMSISTELCO**, así como el Contrato de Prestación de Servicios 654 de 2013 suscrito entre la **ETB** y la **SNR** cuentan con un ligamen o coligación negocial “y por tanto las vicisitudes que afecten a uno de ellos tienen reflejos vinculantes para la **ETB** y **COMSISTELCO**, pues así lo pactaron libremente”.

**j. Existen cláusulas abusivas en el Contrato de Colaboración Empresarial?**

Según lo dicho anteriormente y que fuera corroborado por varios de los testimonios recibidos en la etapa probatoria<sup>11</sup>, el Contrato de Colaboración Empresarial es un contrato de adhesión, por cuanto se trata de un formato estandarizado cuyo contenido es elaborado por la **ETB** y quienes deseen trabajar con ella en soluciones integrales de telecomunicaciones deberán suscribirlo como un convenio marco que les abre la posibilidad de participar en proyectos que la **ETB** contrate con sus clientes, para efectos de lo cual suscriben anexos con especificaciones de carácter técnico y financiero – comercial.

Según los Tratadistas Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, la complejidad comercial y económica ha dado lugar a la distinción entre los contratos *preestipulados* y los contratos *por adhesión* llamados así por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro, hasta el punto de que algunos tratadistas niegan su índole contractual. No obstante, para la mayoría de los tratadistas entre ellos Jossierand “*ni la igualdad económica ni la igualdad verbal son condiciones necesarias para la validez de los contratos; basta con la igualdad jurídica*”.

Dicen los señores Ospina que “*Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo.*”<sup>12</sup>

Concluyen que se justifica que la ley establezca normas particulares para la interpretación de los contratos por adhesión, en forma tal que sus cláusulas dudosas sean interpretadas a favor del adherente que es a lo que conduce el inciso segundo del artículo 1.624 del Código Civil, el cual dispone:

**“ARTICULO 1624. <INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR>. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.**

*Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2015, Esp. 39.122.

<sup>11</sup> Guillermo Iván Ocampo, Juan Carlos Gómez Ruíz, Juliana del Pilar Caro Caro y Juan Pablo Vélez Santacruz.

<sup>12</sup> Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, Tercera Edición, Editorial Temis, 1.987, pags. 70 y 71.

---

*ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”*

Ahora bien, no queda duda que en nuestro derecho positivo el principio de la buena fe constituye un pilar fundamental de los contratos. Es así como el Código Civil dispone:

**“ARTICULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>.** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

De igual manera, dispone el Código de Comercio:

**ARTÍCULO 871. PRINCIPIO DE BUENA FE.** Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Por ello es importante establecer si en el contrato de adhesión objeto del presente proceso, que no fue discutido entre las partes, la **ETB** incluyó cláusulas que pudieran ser calificadas como abusivas, porque favorezcan excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudiquen inequitativa y dañosamente la del adherente, de tal manera que produzcan un desequilibrio injustificado que le dieran el carácter de leonino y atentatorio de la buena fe contractual.

Para determinarlo es pertinente analizar las cláusulas que la Convocante señala como abusivas, a saber:

En el Contrato de Colaboración Empresarial se acordó que la **ETB** asumía la obligación de recaudo como una obligación de medio y no de resultado (Cláusula Segunda numeral 5º.) de tal manera que la Empresa no respondería por las sumas no pagadas por los Clientes (Cláusula Segunda numeral 7º.) y se comprometía a transferir al Colaborador Empresarial las sumas efectivamente recaudadas y conciliadas correspondientes a su participación, ya que tanto la **ETB** como **COMSISTELCO** tendrían derecho a percibir los beneficios por los aportes realizados y asumirían los riesgos por las pérdidas de los aportes o las participaciones, en caso de que el Cliente incumpliera su obligación de pagar (Cláusula Quinta).

En consecuencia, se acordó en el Parágrafo de letra a) de la Cláusula Tercera que: *“ETB no asume ni compromete su presupuesto para la transferencia de la participación a favor del colaborador empresario, la cual está sujeta a los pagos que realice el cliente. La transferencia de la participación está condicionada a que el cliente cancele oportunamente los valores por los conceptos involucrados en la solución integral contratada.”*

De manera coherente con lo anterior, al regular la cuantía del contrato, la Cláusula Vigésima Octava establece que *“La suscripción del presente documento no genera ninguna contraprestación económica entre las partes.”*

Si se tiene en cuenta que el Contrato de Colaboración Empresarial y sus Anexos son una especie de alianza para la prestación de un servicio integral y que la **ETB** es el gestor del negocio al contratar con el Cliente y al actuar como mandatario del colaborador empresario para el recaudo de las sumas que adeuda el Cliente conforme a lo acordado en los Anexos, no se pueden considerar abusivas las Cláusulas que eximen a la **ETB** de responder con sus propios recursos por los pagos adeudados por el Cliente.



TRIBUNAL ARBITRAL DE COMSISTELCO S.A.S  
VS  
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P – ETB-  
Laudo Arbitral

Vale la pena anotar que las cláusulas señaladas por la Convocante como abusivas, no favorecen la posición de **ETB** en desmedro de **COMSISTELCO**, ya que ambas asumen el riesgo del no pago por la Superintendencia, hasta el punto que la **ETB** ha tenido que realizar acciones judiciales y extrajudiciales para el recaudo, que le significan un costo no previsto. Puede concluirse entonces que, si bien el contrato es de adhesión, las cláusulas contenidas en él no son abusivas.

Claramente la **ETB**, como resultado de lo pactado en el Contrato de Colaboración Empresarial, está obligada a poner todo su empeño y actividad para lograr el recaudo de lo adeudado por su Cliente, como lo ha venido haciendo, acudiendo a cobro directo y a todas las demás posibilidades judiciales y extrajudiciales que estén a su alcance.

**k. Cumplimiento del Contrato por COMSISTELCO.**

Dice **COMSISTELCO** en el alegato de conclusión que los incumplimientos presentados durante la ejecución del Contrato 654 de 2013 celebrado entre la **ETB** y la **SNR** no le son imputables a esta Empresa, ya que fue el único Colaborador Empresarial que superó la etapa de transición y cumplió a cabalidad con las labores previstas en la etapa de operación, como consta en las Actas de Entrega que obran en el Expediente. En efecto, es claro que **COMSISTELCO** dio cumplimiento a lo acordado para la etapa de transición, aunque lo hizo en julio de 2014 cuando la fecha prevista era octubre de 2013, pero es importante tener en cuenta, como lo señala el señor Procurador Delegado, que los testimonios rendidos en el proceso demuestran las dificultades, aceptadas por la **ETB**, para el cumplimiento de dicho cronograma, por las exigencias documentales de la **SNR**. Así lo reconoce el Ingeniero Juan Carlos Gómez Ruíz en su declaración, quien se desempeñó en la **ETB** como Gerente de Proyectos y Supervisor de Contratos y Anexos Financieros.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> DRA. GARCÉS: En las líneas que usted manejó dice que no conoció multas que se hubieran impuesto a los aliados.  
SR. GÓMEZ: De parte de ETB hacia los aliados?  
DRA. GARCÉS: Sí.  
SR. GÓMEZ: No señora.  
DRA. GARCÉS: En términos generales ellos si cumplieron con sus obligaciones?  
SR. GÓMEZ: Si bien los servicios fueron prestados, que Supernotariado tuvo los servicios operativos durante la ejecución del contrato, no podemos decir que se cumplió porque no fue aprobada la fase de operación, no se pudo entrar en fase de operación.  
DRA. GARCÉS: Sí, pero digamos eso bajo el punto de vista formal, pero en la práctica estos contratistas sí digamos actuaron en operaciones concretas?  
SR. GÓMEZ: En operaciones concretas realizando sus actividades del día a día? Claro.  
DRA. GARCÉS: Actividades operativas?  
SR. GÓMEZ: Sí señora.  
DRA. GARCÉS: O sea, lo que falló de alguna manera dice usted es la documentación?  
SR. GÓMEZ: Es la parte documental.  
DRA. GARCÉS: Pero claramente trabajaron en las diversas operaciones?  
SR. GÓMEZ: Sí señora, por ejemplo de las líneas que tuve a cargo claro, los servicios estuvieron operativos y las líneas estuvieron trabajando permanentemente para lograr entrar en fase de operación que era un beneficio para todos, para poder cerrar esa etapa de transición que nos daba el paso a operación.  
DRA. GARCÉS: Usted dice que usted tenía que autorizar los pagos?  
SR. GÓMEZ: Como supervisor de los anexos finalmente el supervisor es el que da el aval para transferirle a los aliados.  
DRA. GARCÉS: No dio el visto bueno para...  
SR. GÓMEZ: No señora porque eso es cuando hay recaudo del cliente hacia ETB, cuando el cliente ha pagado.  
DRA. GARCÉS: Pero el motivo por el cual usted no dio su visto bueno era porque la Superintendencia no había pagado?  
SR. GÓMEZ: Era un pago a término.  
DRA. GARCÉS: No porque usted considerara que no habían cumplido?  
SR. GÓMEZ: No señora, no tenía cómo poder transferirle a los aliados porque no había un recaudo.  
DRA. GARCÉS: Pero digamos ese es un tema presupuestal, pero desde el punto de vista técnico que era el que lo ocupaba a usted, usted si se dio cuenta que o usted le dio su visto bueno al cumplimiento por parte de sus contratistas?  
SR. GÓMEZ: Pues el visto bueno, las condiciones del colaborador empresarial son claras en ese sentido, transferimos a los aliados siempre y cuando haya un recaudo por parte del cliente a ETB, técnicamente se trabajó, se buscaba la aprobación de toda la documentación para lograr cerrar esa fase de transición y poder entrar en operación, pero ahí como supervisores no existía que diéramos un visto bueno si se cumplió o no técnicamente, quien daba el veredicto final era la firma interventora y el cliente.  
DRA. GARCÉS: La firma interventora nunca dio ese visto bueno?  
SR. GÓMEZ: No señora.  
DRA. GARCÉS: Pero ustedes si discutieron con la firma en el sentido de que consideraban que sí habían cumplido?  
SR. GÓMEZ: Claro, claro que sí, es más, nosotros hicimos gestión para que cosas como la documentación y todo eso que estaba sujeto y que no nos dejaba entrar en operación se manejara en fase de operación, pero que se lograra de cualquier forma poder cerrar la etapa de transición, eso fueron varias solicitudes, pero la firma interventora y el cliente no las aceptaron.

Los siguientes documentos, además de todas las Actas de entrega aportadas al proceso, constituyen prueba del cumplimiento del Contrato por parte de **COMSISTELCO**:

- Acta 01 de Inicio de Etapa de Operación de la Línea de Energía fechada el 31 de julio de 2014 (folio 217 del Cuaderno de Pruebas) suscrita por la **ETB**, la **SNR** y la Interventora Empresa PWC.
- Acta de Cierre de Etapa de Transición (aportada en medio magnético por la **ETB**, como prueba de oficio decretada por el Tribunal, suscrita por la ETB y la Interventoría de la **SNR**, en la cual se expresa: “Los abajo firmantes declaramos que recibimos los siguientes entregables y damos por cerrada la Etapa de Transición a satisfacción.”

Es preciso resaltar que en la Declaración de Parte del señor Eliberto Olivares Guzmán, representante legal de **COMSISTELCO**,<sup>14</sup> explica cómo durante todos los meses que abarcó la etapa de transición, se realizaron actividades de mantenimiento<sup>15</sup>. Y además, otras actividades que no formaban parte del Anexo Técnico. A estas últimas, que se realizaron sin que hubieran sido contratadas,

DRA. GARCÉS: Nunca se propuso cambiar el término del contrato en el sentido de...

SR. GÓMEZ: Yo tengo entendido que sí, a un nivel alto hubo posibles acuerdos, pero no tengo el detalle.

<sup>14</sup> La etapa previa consistía en preparar unos documentos, una metodología con la cual se desarrollaría la etapa de operación que eran documentos, cuadros, matrices donde tenía que diligenciar todos los servicios que se prestaran para poder desarrollar la etapa operativa de una manera organizada con una mayor organización.

A nosotros nos dijeron necesitamos antes de que usted inicie la etapa de operación, o sea que empiecen a desarrollar la parte técnica, porque la otra etapa es sólo documentación es un formalismo, pero un formalismo que le...

Entonces nosotros iniciamos de una vez prestando servicios, qué es prestando servicios? Que cada vez que había un problema en la red cuál era el problema? La línea de nosotros se llamaba línea eléctrica, pero eléctrica ilógica, o sea la red lógica de todas las redes de Notariado y Registro a nivel nacional las UPS y las plantas eléctricas.

Entonces una vez que iniciamos nos comenzaron a pedir servicios, nosotros comenzamos a prestar los servicios a nivel nacional, pero si ustedes miran el pliego de condiciones que nos pusieron a nosotros y al contrato nuestro decía eso, que eso era lo que teníamos que hacer, pero en ninguna parte decía que teníamos que tener una documentación basada en una metodología.

Entonces nosotros comenzamos a prestar los servicios, firmamos el contrato el 16, como en octubre, septiembre nos hicieron un requerimiento de documentación en el sentido de que nosotros no estábamos cumpliendo con la documentación, que cómo así, entonces nosotros les escribimos una carta que la tengo acá, al señor que vino ayer, al señor Pablo Vélez en donde le digo perdón ingeniero ustedes me quieren hacer que yo desarrolle actividades que no están dentro de nuestro contrato.

Ellos nos mandaron una respuesta en donde nos dicen no es que usted tiene que hacerla, porque ahí trabajamos con entrega a la fuerza, usted tiene que hacerla porque usted era quien debería conocer el contrato de nosotros con Notariado y Registro, dicho contrato yo nunca lo conocí, a nosotros nos mandaron un pliego de condiciones y con base en eso preparé la propuesta y no conocí ETB cómo le habían cotizado a Notariado y Registro.

DRA. GARCÉS: Entonces en los pliegos no era claro que la etapa previa tenían que presentar esa documentación?

SR. OLIVARES: No señora.

DRA. GARCÉS: Entonces para qué era la etapa previa?

SR. OLIVARES: Era para eso, pero perdón un momentico, lo que pasa es que a nosotros, nuestro pliego de condiciones dice que existía esa etapa y después la operación, pero no decía para qué la etapa previa, ustedes la pueden mirar, aquí está anexo lo que está en el expediente, no especifica.

DRA. GARCÉS: No especifica?

SR. OLIVARES: No especificaba, ahí dice que debe seguir unos lineamientos ITIL, qué son esos lineamientos? El ITIL es una norma que rige que son unos procesos pero son pequeños que no es lo mismo que rige para la calidad del servicio, es el servicio al cliente, pero PMI yo supongo que es el PMI entonces no especificaba exactamente qué era eso, lo que debía tener metodología PMI, que debíamos contar con metodología PMI y que debíamos contar con ingenieros de los PMP, para desarrollar esta metodología PMI se necesitan ingeniero PMP.

Entonces nosotros le mandamos la carta, ETB nos respondió que debíamos haber leído los pliegos, si yo hubiera leído los pliegos a lo mejor no le hubiera cotizado lo que le coticé, lo hubiera cotizado por mayor valor porque yo hubiera sabido los precios de ETB, yo nunca supe cuánto le cobraba ETB por estos servicios de nosotros a Notariado y Registro, nunca supe.

Es más cómo iba yo a saber? Entonces ellos en la carta que nos responden a nosotros nos dicen usted debe saber cómo iban a hacer eso, a mí me dieron 10 días para preparar la propuesta, la preparé con base en los pliegos que ellos me dieron, qué dije yo? Nosotros dijimos hagamos una cosa, yo tenía un ingeniero allá que era especialista en equipo, pero no esta documentación que estaban exigiendo, que esta documentación está basada en una metodología que se llama PMI, Instituto de Administración de Proyectos.

Para poder administrar unos proyectos con esta metodología, el requisito es que deben existir y deben participar ingenieros que sean certificados PMP Project Management Profesional, o sea profesionales en administración de proyectos.

<sup>15</sup> A nosotros nos pidieron antes una vez iniciamos el contrato, que se supone que todo eso se debería haber hecho en etapa de operación, nos pidieron oiga venga es que tenemos problemas y necesitamos que nos hagan 32 mantenimientos preventivos, para iniciar, o sea nosotros entendemos que eso se debe hacer en etapa de operación, pero necesitamos que nos los hagan porque tenemos urgencia de hacer esos mantenimientos preventivos y que arranquen los mantenimientos, los correctivos porque nosotros no podemos que Notariado y Registro se paralice, efectivamente hicimos eso.

Entonces qué hicimos? Hicimos los 32 mantenimientos preventivos, pero ellos el contrato que tenía ETB, a ETB le decían que tenía que hacer los 64 en etapa de operación, pero a nosotros nos pidieron que lo hiciéramos en etapa de transición porque tenían urgencia y nosotros los hicimos.

también se refirió en su declaración el señor Olivares<sup>16</sup> Ninguna de estas actividades ha sido remunerada.

### I. Cumplimiento del Contrato por la ETB.

Afirma la **ETB** que están plenamente acreditadas las funciones de cobro frente a la **SRN** para que se pagaran los servicios prestados en desarrollo del Contrato 654 de 2013:

- El 27 de diciembre de 2013 radicó ante la **SNR** la cuenta de cobro No. 43058, equivalente a la factura, por valor de \$2.310'038.857;
- El 20 de mayo de 2014 radicó ante la **SNR** la Cuenta de Cobro No. 43542 por valor de \$19.793'772.395, y
- El 30 de diciembre de 2014 radicó ante la **SNR** la Cuenta de Cobro No. 44268 por \$21.259'301.298.
- A partir del 1º. de agosto de 2014 se dio inicio a la Etapa de Liquidación bilateral del Contrato con la **SNR**, la que fue acordada en cuatro meses según la Cláusula Vigésima Quinta. Ante las dificultades, para solventar las diferencias, las partes suscribieron un Acuerdo de Amigable Componedor, en virtud de lo cual **ETB** presentó solicitud de convocatoria ante el Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros el 10 de octubre de 2014, el Ministerio de Justicia y el Derecho emitió concepto jurídico el 5 de marzo de 2015, en el que consideró que el trámite de Amigable Composición debía terminarse por haberse suscrito sin autorización previa del Comité de Conciliación y de Defensa Judicial de cada una de las partes, solicitud reiterada por el señor Delegado del Ministerio Público. El 7 de abril de 2015 el Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros dio por terminado el procedimiento.
- **ETB** intentó la liquidación bilateral del Contrato con el reconocimiento y pago de los servicios prestados y actividades desplegadas, lo cual no fue aceptado por la **SNR**, por lo cual inició, el 23 de junio de 2015, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proceso ejecutivo contractual con el fin de cobrar el valor pactado por los servicios prestados a la **SNR**. La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca libró mandamiento de pago a favor de la **ETB** mediante providencia del 13 de julio de 2015 y el 10 de diciembre de 2015 dictó fallo de primera instancia

<sup>16</sup> DRA. LÓPEZ: Y relacionado con ese tema algún modificatorio del contrato le consta que haya suscrito Comsistelco con **ETB** donde se cambiaran las condiciones inicialmente pactadas?

SR. OLIVARES: A nosotros nos las cambiaron, siempre nos las cambiaron.

DRA. LÓPEZ: Pero bajo contrato?

SR. OLIVARES: Bajo contrato no, pero resulta que ese trabajo adicional que hicimos yo les dije, bueno menos mal que... nos hubiera dado lo mismo, nos pusieron a que hiciéramos las redes inalámbricas de todo el país y entonces yo les dije oiga por qué no lo meten dentro del contrato, hagan un anexo, una adición al contrato y métenlo porque nosotros estamos desprotegidos porque no tenemos un contrato porque nos mandaron fue una orden de compra, una orden de trabajo, pero **ETB**... no, porque yo tengo las actas firmadas de todo el país donde nos recibieron las redes del contrato.

DRA. GARCÉS: No fue objeto de modificación del contrato?

SR. OLIVARES: No, eso quedó por fuera ahí y tampoco nos lo han pagado y yo digo bueno hasta que no le paguen.

DRA. GARCÉS: Pero se pretende que ustedes prestaron este trabajo o ese servicio en desarrollo del contrato?

SR. OLIVARES: No señora, eso está por fuera del anexo financiero y del anexo técnico que firmamos, eso es otra cosa adicional con una orden de trabajo, yo estoy ahora aquí es solicitando que me paguen lo de ese contrato y lo otro porque tampoco me lo han pagado y eso no tiene nada ningún contrato, eso fue, me dijeron, nos mandaron y nos dijeron que les cotizáramos, listo les cotizamos, le dije por qué línea va, me dijeron no, eso no va por una línea, eso lo manejamos nosotros aquí internamente, nosotros no manejamos eso y nos metimos con administración de **ETB** simplemente **ETB** nos da los trabajos, nosotros los hacemos y dejamos cómo **ETB** maneja sus cosas administrativas. Pero esperamos que... y cómo nos van a pagar eso? Y no nos han pagado.

DRA. GARCÉS: Está documentado?

SR. OLIVARES: Está documentado, está firmado por todas las regionales, tenemos donde que se las puedo hacer llegar aquí donde nos recibieron los trabajos, yo creo que el doctor aquí de la Procuraduría sabe muy bien porque yo tuve un proceso igualito contra la DIAN y la del... se le fue durísimo, es más un proceso disciplinario contra las personas que hicieron eso porque me tuvieron que pagar porque yo tengo las actas firmadas y no tenía un contrato, pero es un hecho cumplido.

y ordenó seguir adelante con la ejecución en contra de la **SNR**. En la actualidad, el expediente se encuentra para fallo por el Consejo de Estado del Recurso de apelación interpuesto por la **SNR**.<sup>17</sup>

- Adicionalmente, la **ETB** presentó demanda de controversias contractuales a través de la cual solicitó la liquidación judicial del contrato, la cual se tramita en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera<sup>18</sup>.

Concluye la Convocada que *“la obligación de **ETB** era la de adelantar las gestiones necesarias para obtener el cobro de los servicios y actividades prestadas, mas no se obligó con el colaborador o asumió frente a él, la obligación de pago efectivo de los dineros, en esta medida se ha honrado con creces la obligación, se ha demostrado que **ETB** ha desplegado una conducta diligente y cuidadosa tendiente a obtener el pago efectivo de los servicios prestados y para ello ha cobrado ante el beneficiario de los servicios su valor, pero es más, el cumplimiento de esta obligación de cobro de los servicios le ha implicado a **ETB** asumir costos más allá de lo inicialmente previsto, pues en condiciones normales, el pago se realiza contra el recibo a satisfacción, mas la negativa de este pago ha generado la necesidad de realizar esta tarea, pero sumarle otras de carácter extrajudicial y judicial que **ETB** ha tenido que asumir.”*

**m. El no pago por la SUPERINTENDENCIA.**

De las pruebas documentales y testimoniales recaudadas se colige que la **SNR** consideró incumplido el Contrato de Prestación de Servicios por la **ETB** por cuanto no se había cumplido con la fase de transición en las siete líneas contratadas, lo cual era requisito necesario para iniciar la fase de operación; en consecuencia, se negó a realizar los pagos correspondientes.

En relación con este tema afirma la **ETB** en la contestación de la demanda:

*“Según dicha entidad (**SNR**), teniendo en cuenta que en fase de transición no había lugar a contraprestación económica, y con fundamento en el informe final de la Interventoría, que concluyó que se había INCUMPLIDO el objeto del Contrato, la **SNR** decide no autorizar ninguno de los pagos acordados, toda vez que **ETB** no superó la etapa de transición.*

*“Así las cosas, contrario a lo sostenido por la demandante, el informe final presentado por la PRICEWATERHOUSECOOPERS, arroja las siguientes conclusiones y recomendaciones:*

*“...1. En cuanto a la parte técnica, se concluye que durante la vigencia del Contrato, es decir hasta el 31 de julio de 2014, el Contratista (**ETB**) no culminó a satisfacción la fase de transición, como se demuestra en el análisis técnico del presente informe y por tanto, en ningún momento se dio inicio a la fase de operación tal y como lo establecía la documentación contractual vigente...”*

Es claro de este relato que la **SNR** ha considerado como incumplida la totalidad del Contrato celebrado con la **ETB**, dado que las siete líneas de servicio requeridas no cumplieron oportunamente con la fase de transición. No obstante, como ha sido demostrado en el proceso, **COMSISTELCO** si cumplió con lo previsto para esta primera fase, aunque con algún retardo.

<sup>17</sup> Número de Radicación 2015-1521, Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>18</sup> M.P. Fernando Iregui Camelo, No. de radicación: 2017-00279.

En relación con el retardo en el cronograma previsto para fecha de transición, como dice el señor Procurador Judicial *“Las declaraciones rendidas en el proceso demostraron las dificultades aceptadas por ETB, para el cumplimiento de tales obligaciones.”*<sup>19</sup>

Si bien el Tribunal no encontró procedente la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** formulada por la Convocante, por referirse al incumplimiento de la **ETB** del Contrato de Prestación de Servicios No. 654 de 2013 celebrado con la **SNR**, por no estar cobijada por el Pacto Arbitral, no puede desconocer lo ocurrido en este Contrato por estar coligado con el Contrato de Colaboración Empresarial y los Anexos Suscritos entre la **ETB** y **COMSISTELCO**.

En efecto, si bien la **ETB** no es directamente responsable del pago por los servicios prestados por **COMSISTELCO** a la **SNR** como uno de los Colaboradores Empresariales para la solución integral contratada por la **ETB** con ésta, es claro que la **SNR** debe pagar lo adeudado a **COMSISTELCO** por los servicios efectivamente prestados y por los perjuicios ocasionados por la demora en dicho pago. De lo contrario, se estarían causando graves perjuicios a una Empresa privada que le ha colaborado a dos entidades estatales para el desarrollo de sus funciones, en contravía de lo previsto en la Ley 80 de 1993.

#### n. Discrepancia en cuanto al pago del anticipo y el pago anticipado.

En el alegato de conclusión, el apoderado de **COMSISTELCO** afirma que el gran dique que enfrentaron los subcontratistas fue la aprobación documental bajo la metodología PMI, para superar la etapa de transición. En estas condiciones a la **ETB** le fue declarado el incumplimiento del Contrato 654 de 2013 por la **SNR** en acto administrativo que fue revocado a cambio de la devolución del anticipo de TRECE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECISEIS MIL NOVECIENTOS TRECE PESOS (\$13.966'916.913), equivalentes al 28% del valor del contrato.

Igualmente afirma que **ETB** si efectuó un cobro inicial por el Contrato pero no realizó el correspondiente pago a sus Colaboradores Empresariales, como lo preveía el Contrato de Colaboración Empresarial y ante la pésima gestión de **ETB** esta Empresa decidió retornar los dineros ya recaudados afectando en forma directa a sus Colaboradores. En la declaración de parte expresa su inconformidad con esta devolución.<sup>20</sup>

**COMSISTELCO** cita en su alegato las declaraciones del señor Augusto Soto Oliveros quien se desempeñaba como Ejecutivo de Cuenta del Sector Gobierno.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> DRA. LÓPEZ: Precise al despacho por favor si usted conoce cuáles son las objeciones, los comentarios, las manifestaciones que hacía la Superintendencia de Notariado y Registro frente a la línea particularmente de energía?

SR. OLIVARES: La documentación.

DRA. LÓPEZ: Sólo documentación?

SR. OLIVARES: O sea, pero se entregó y nos la firmaron y las cuestiones, pero se firmó y la entregaron en la revisión, el que hacía las objeciones que era Benedicto que le criticaba a todos y fuimos firmados por él, es porque nos fue bien.

<sup>20</sup> DRA. LÓPEZ: Conocía usted el clausulado del anexo técnico y del anexo financiero suscrito por usted con ocasión del contrato marco?

SR. OLIVARES: Claro lo conozco, por eso estoy acá, porque no me han pagado, porque decían que me iban a pagar \$55 millones mensuales y con respecto a eso ya tengo una objeción y es que el contrato de anexo financiero dice que si ETB recibe \$10 nos tiene que pagar a nosotros, no dice que nos tenga que pagar todo, yo no soy abogado pero no entiendo que si dice que si ETB recibe plata del cliente, o sea de Notariado y Registro tiene que pagarle al ahora empresario o sea a nosotros, resulta que ETB recibió el anticipo que lo haya devuelto es un problema pero lo recibió, o sea que está incumpliendo, lo devolvió pero recibió la plata y debió pagarnos a nosotros, yo lo entendí así, oiga pero si ETB recibió un anticipo entonces digo ETB a lo mejor devolvió el anticipo para no pagarnos a nosotros.

<sup>21</sup> DR. GUTIÉRREZ: Yo quiero que usted por favor nos explique el tema del anticipo, por qué razón ETB lo devolvió?

SR. SOTO: Como no se ejecutó en nada en la etapa, como no entramos a la operación, ese dinero hace parte del presupuesto oficial del proceso de la selección abreviada y hacía parte de los pagos que se debían de generar en la etapa de operación, como nunca entramos a operación devolvimos el anticipo.

DR. GUTIÉRREZ: O sea ETB decidió reconocer que había incumplido el contrato?

SR. SOTO: Eso fue un dictamen que dio la supervisión del contrato la Price, en donde dio contrato no cumplido.

DR. GUTIÉRREZ: Y como consecuencia de eso ETB sin que existiera un pronunciamiento judicial decidió devolver el anticipo?

SR. SOTO: No, fue una solicitud expresa de la Superintendencia de Notariado y Registro que le devolviera el anticipo.

Precisa la **ETB** sobre el particular, en su alegato de conclusión, que en aplicación de la cláusula cuarta del contrato No. 654 de 2013, la **SNR** consignó a favor de **ETB** un anticipo y no un pago anticipado, figuras jurídicas absolutamente diferentes, como se desprende de un concepto de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación<sup>22</sup>:

*“...En el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 se encuentra regulado lo correspondiente al anticipo y al pago anticipado, en los siguientes términos:*

*“Parágrafo. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.”*

*En conclusión, los conceptos de **anticipo** y **pago anticipado**, aunque no lo parece, son diferentes, pues en el **anticipo** los valores que se entregan al contratista los recibe en calidad de préstamo, aspecto que genera algunas consecuencias de orden práctico, dado que el dinero entregado sería de la entidad y conservan el carácter de públicos. En cambio, en el **pago anticipado**, el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada, es un verdadero pago en su favor, al cual se le hacen retenciones que ordene la ley por concepto de los impuestos que graven dicho ingreso. El **pago anticipado** es común en los contratos de suministro...”*

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>23</sup> en el mismo sentido:

*“Lo más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato de ahí que se diga que los recibió en calidad de préstamo, en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada.*

*“Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.”*

Sobre el pago efectuado por la SNR trae a colación el testimonio del administrador de empresas Guillermo Iván Ocampo Sequeda, quien

---

DR. GUTIÉRREZ: Entremos ya en la ejecución del contrato, a 31 de julio/14, eran siete líneas?

SR. SOTO: Sí.

DR. GUTIÉRREZ: A 31 de julio/14 cuántas de esas líneas habían superado la etapa de transición?

SR. SOTO: Ninguna.

DR. GUTIÉRREZ: Nosotros tenemos eso está en el expediente un acta de entrega del 31 de julio/14 donde... la interventora, Comsistelco hacen entrega de una serie de documentos y requisitos y como consecuencia de eso se supera la etapa de transición, conoció usted ese documento?

SR. SOTO: Yo no conozco ningún documento técnico porque para eso existían supervisores de contrato de aliados, mi relación era la supervisión del contrato ETB Supernotariado y el contacto que yo tenía era la ETB por parte del gerente de proyectos y de la Price.

DR. GUTIÉRREZ: Cuántas líneas eran en total, siete Comsistelco ejecutó una las otras seis quién las ejecutó?

SR. SOTO: Había varios aliados entre esos Simtec, estaba Gtronix, Maxsede, había varias, inclusive podría prestarse que una línea la estuvieran haciendo varios también.

DR. GUTIÉRREZ: Aparte de Comsistelco qué otro aliado superó la etapa de transición?

SR. SOTO: No mire, yo realmente como supervisor del contrato me sentaba con la Price, ellos me presentaban el informe y con la Superintendencia y demostraban que nunca llegamos a superar la etapa de transición tal como lo exigía la licitación pública el 100% de todas las líneas, el cumplimiento de las mismas.

DR. GUTIÉRREZ: Dado que Comsistelco sí tiene un acta de entrega y de superación de la etapa de transición, podría usted afirmar que no superar esa etapa fue imputable a los demás?

SR. SOTO: No, no yo no podría afirmar eso, esto era un contrato, o sea realmente las condiciones y las condiciones de todos los aliados, todos tenían conocimiento de cuáles eran específicamente esas condiciones para poder recibir, para poder facturar, o sea obviamente esto era un proyecto en conjunto no solamente ETB, no solamente el cumplimiento de Comsistelco, no solamente el cumplimiento de un aliado, éramos todos y todos sabíamos que en el momento que ustedes se presentaron, presentaron oferta a la gerencia de Soluciones TI, ustedes sabían claramente que la condición era que todos tenían que hacerlo bien, esto no era un solo problema de Comsistelco que lo hubiera hecho bien, teníamos que hacerlo todos porque de lo contrario no se podía facturar y ETB no podía facturar.

DR. GUTIÉRREZ: O sea que los demás lo hicieron mal?

SR. SOTO: No, todos lo hicieron mal porque no llegamos al 100.

<sup>22</sup> Fallo de 2ª. Instancia del 8 de agosto de 2013, Rad. No. 161-5062 (IUS 2007-295507).

<sup>23</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 13436 de junio 22 de 2001.

desempeñó el cargo de vicepresidente empresarial y gobierno de la ETB, sobre la devolución del anticipo por la ETB a la SNR.<sup>24</sup>

Concluye la ETB que teniendo en cuenta que la PWC y la SNR no aprobaron los servicios prestados por ETB y no autorizaron pago alguno a su favor y en virtud a que el anticipo fue un préstamo de dineros públicos que no pudo ser amortizado, debió ser devuelto junto con sus rendimientos financieros a la SNR, luego del inicio de una actuación administrativa dirigida a tal fin seguida con las advertencias penales y fiscales del caso.

Analizado el acervo probatorio el Tribunal encuentra que según la Cláusula Cuarta del Contrato 654 de 2013, la SNR se comprometió a constituir un anticipo para la vigencia de 2013 por valor de \$ 13.966'916.913, el cual se amortizaría en tres facturas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2013. Ahora bien, según la Cláusula Tercera del Contrato, la primera fase del mismo, o sea la fase de transición, terminaba a finales de septiembre y en octubre se iniciaba la fase de operación, a partir de la cual comenzaría la amortización del anticipo. Dice esta Cláusula:

*“CLÁUSULA TERCERA. PLAZO DE EJECUCIÓN. Teniendo en cuenta que el presente proceso cuenta con vigencias futuras, el contrato a suscribirse tendrá un plazo de ejecución hasta el 31 de julio de 2014, contados a partir de la suscripción del contrato, previo perfeccionamiento del contrato, aporte de la documentación requerida, aprobación de la garantía única. El plazo de ejecución de este contrato estará dividido en dos fases. La primera fase denominada de transición cuyo plazo de ejecución será de hasta de tres (3) meses y la segunda fase de operación de las líneas de servicio será hasta el 31 de julio de 2014. PARÁGRAFO PRIMERO. El tiempo destinado para la implementación de las líneas de servicio de acuerdo a los requerimientos expresados en el pliego de condiciones y los anexos, será hasta por tres (3) meses, plazo dentro del cual no se generará contraprestación económica a favor del nuevo operador y en el cual el operador actual debe entregar a partir del proceso de transferencia, la operación completa por líneas al nuevo operador, para que éste realice la transición (Ver anexo técnico No. 14 Timeline del proyecto). PARÁGRAFO SEGUNDO: Dentro del desarrollo del plazo de la*

<sup>24</sup> DRA. LÓPEZ: Teniendo en cuenta la explicación que acaba de mencionar, ¿cuáles eran las condiciones de pago previstas en el contrato 654 del 2013?

SR. OCAMPO: Había un anticipo de 15 mil millones de pesos, y después comenzaban unos pagos tan pronto llegara al 100% de la transición, hacían la operación, pero hay que tener en cuenta algo muy importante con el anticipo de los 15 mil millones de pesos, es que tocaba amortizarlo; y, la única forma de amortizarlo era prestando los servicios que se debía estar en el período de operación y no se llegó al período de operación como tal.

DRA. LÓPEZ: En una de sus respuestas anteriores, usted mencionó las formas de pago en el contrato 654, explicó que se trataba de un anticipo y algunos pagos mensuales. ¿Usted conoce las razones por las cuales ETB debió devolver el anticipo a la Superintendencia de Notariado y Registro?

SR. OCAMPO: Claro, con ese anticipo pasaron varias cosas; uno, un anticipo toca amortizarlo y esa amortización quiere decir que eso se debe amortizar tan pronto empiece a prestarse los servicios; pero los servicios en el estado de operación porque el contrato efectivamente pedía operación; también legalmente teníamos que devolver el dinero porque no llegamos a ese estado de operación, siempre estuvimos en transición; y, esto fue también una exigencia directamente de la Supernotariado también enfocada por la Price Waterhouse para que nosotros lo pagáramos. También hubo momento donde pedían una, que utilizáramos ese anticipo para pagar a los aliados pero el anticipo era una amortización, entonces nosotros ante el Supernotariado también le explicamos y la Price la forma del contrato que había que era un contrato de colaborador empresario; no podíamos pasarnos por encima del contrato que ya teníamos firmado entre los dos.

DRA. LÓPEZ: En los contratos de colaboración empresarial celebrados para la prestación de servicios en el proyecto 654 del 2013, celebrado entre la ETB y la Superintendencia de Notariado y Registro, ¿se pactó anticipo?

SR. OCAMPO: No, no.

DRA. LÓPEZ: ¿Podía usted con el anticipo de 15 mil millones recibidos por parte de la Superintendencia transferirle anticipo alguno a los aliados?

SR. OCAMPO: No, nada, porque ese anticipo tocaba amortizarlo; esa amortización era por servicios prestados en operación, en... operación.

DRA. LÓPEZ: ¿Qué implicaciones tenía frente a los pagos pactados en el contrato 654 del 2013 celebrado entre ETB y la Superintendencia de Notariado y Registro el no inicio de la etapa de operación?

SR. OCAMPO: Que no pagaban ni un peso, o sea, esto era totalmente binario, era el 100% o cero, no había puntos medios, no había 99.9999, nada, 100% y el 100% es muy importante tener en cuenta que el 100%, no lo decíamos nosotros, ni la Superintendencia, el 100% lo decía efectivamente la PriceWaterhouse como interventor.

DRA. LÓPEZ: Y, ¿qué implicaciones tenía frente a las transferencias pactadas en los contratos de colaboración empresario el no inicio de la etapa de operación?

SR. OCAMPO: Que como no nos pagaban, la Superintendencia no nos pagaba nosotros a la vez no podíamos hacer ninguna transferencia a ninguno de los aliados, es decir, no había plata para ETB, no había otra forma de hacer transferencia para los aliados en ningún momento.

*etapa de transición el adjudicatario no podrá iniciar la operación de ninguna línea de servicio, por cuanto todas deberán iniciarse en forma simultánea al finalizar el período de transición.”*

Si bien la **SNR** entregó a la **ETB** la suma prevista como anticipo - suma que por su naturaleza continuó perteneciendo a la **SNR**- la **ETB** tuvo que devolverla, por cuanto, según la Interventoría, no había cumplido el contrato en cuanto a las obligaciones previstas para la etapa de transición y, como consecuencia, la etapa de operación, que era cuando comenzarían a hacerse los pagos, no se había iniciado, motivo por el cual era imposible amortizar dicha suma. Por ello la **ETB** no podía hacer entrega a **COMSISTELCO** de la suma recibida

**o. Solicitud de Conciliación de COMSISTELCO S.A.S. ante la Procuraduría General de la Nación.**

Vencido el término del Contrato y sin que se efectuara su liquidación, el 24 de febrero de 2015 **COMSISTELCO** radicó solicitud de Audiencia de Conciliación ante la Procuraduría General de la Nación y convocó a la misma a la **ETB** y a la **SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO**, con el propósito de obtener el pago extrajudicial de las sumas adeudadas por **ETB** y/o solidariamente la **SUPERINTENDENCIA**, derivadas de las obligaciones contenidas en el ANEXOS TÉCNICO Y FINANCIERO – COMERCIAL y el CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL del 29 de agosto de 2008, para el desarrollo del Contrato No. 654 de 2013 suscrito entre **SNR** y **ETB**, y obtener el pago extrajudicial de los perjuicios materiales causados por el no pago de las sumas de dinero adeudadas.

La Procuraduría expidió constancia el 9 de junio de 2015 de que la Audiencia de Conciliación se declaró fallida por imposibilidad de llegar a un acuerdo.

**p. Los contratos estatales y las obligaciones de las entidades estatales con los contratistas.**

La Ley 80 de 1993 establece que con la celebración y ejecución de los contratos estatales, además del cumplimiento de los fines del Estado y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, se pretende la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, o sea los contratistas.

El artículo 4º. dispone que para la consecución de los fines estatales, las entidades estatales “3º. *Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato*”.

De igual manera el numeral 8º. del artículo 4º., modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 establece la obligación para la entidad estatal de mantener el equilibrio contractual:

*“8º. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.*

*“Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.”*



El numeral 9°. del artículo 4°. impone a las entidades estatales algunos deberes para evitar mayor onerosidad para el contratista:

*“9°. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse y acordarán los mecanismos y*

*procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”*

Los artículos 14, 15, 16 y 17 prevén que en los casos de la aplicación de las potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilaterales del contrato, deberá la entidad estatal pagar las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de estas medidas y aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, **con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.**

En el artículo 25 se desarrolla el principio de la economía y en el 26 el de la responsabilidad, en forma tal que prevén que las entidades estatales no sólo deberán velar por la protección de sus intereses, sino también por la protección de aquellos del contratista.

El artículo 27 es la norma específica que regula la ecuación contractual, definiéndola como el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar:

**“ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL.** *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

*“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”*

Para la interpretación de las reglas contractuales, el artículo 28 establece que “Se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata esta Ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

De igual forma la Ley 80 de 1993 previó otros mecanismos para proteger el equilibrio del contrato, como son el derecho del contratista a recibir oportunamente la remuneración pactada, la actualización o revisión de precios, la Teoría de la Imprevisión y el Hecho del Príncipe.

El derecho del contratista a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, consagrado en el ordinal 1°. inciso 1°. del artículo 5°. de la Ley 80

surge de la bilateralidad y conmutatividad del contrato y es obligación esencial de la entidad estatal.

Otro mecanismo para el equilibrio contractual es la actualización o revisión de precios por parte de la administración.

Tanto en la Teoría de la Imprevisión (numeral 1º. artículo 5 de la Ley 80 de 1993) como en el Hecho del Príncipe (artículo 32 Ley 80) sólo es admisible su aplicación en los contratos de ejecución sucesiva en los cuales surjan circunstancias imprevisibles para las partes al momento de contratar, diferentes a las cláusulas excepcionales propias del contrato estatal.

De otra parte, el **Consejo de Estado** precisa en sentencia de 2006<sup>25</sup> el concepto de la figura jurídica del enriquecimiento sin causa, a saber:

*“La figura del enriquecimiento sin causa se ha definido tradicionalmente, mediante la identificación de sus elementos como lo son: i) un enriquecimiento del patrimonio de una persona, ii) un empobrecimiento del patrimonio de otra persona, el cual es correlativo al enriquecimiento de la primera, y; iii) que las anteriores situaciones se hayan presentado sin una causa jurídica eficiente.*

*“Sin embargo, del estudio de los fundamentos de la figura, la Sala señala un elemento adicional, como lo es que la falta de una causa para el empobrecimiento, no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un “enriquecimiento sin justa causa”, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa.”*

Si analizamos el caso en estudio a la luz de las normas citadas, es fácil concluir que el trabajo de **COMSISTELCO** debe ser remunerado de acuerdo con los servicios que efectivamente prestó a la **Superintendencia de Notariado y Registro**, por esta entidad, independientemente de si las otras empresas que contrató la **ETB**, para aportar a la solución integral, cumplieron o no sus obligaciones. Ello, por cuanto el mismo contrato de colaboración empresarial en su Cláusula Quinta define la participación como *“el valor que corresponde a cada una de las partes por los aportes realizados para conformar la solución integral que se ofrezcan a los CLIENTES, según conste en los respectivos Anexos. Cada una de las partes tendrá derecho a percibir los beneficios por los aportes realizados y asume los riesgos por las pérdidas de los aportes o las participaciones, en caso en que el CLIENTE incumpla con su obligación de pagar.”*

### III. TACHA DE TESTIMONIOS.

La evaluación de las tachas realizadas a los testimonios rendidos dentro del Proceso por las siguientes personas: Juan Pablo Vélez Santacruz, Augusto Soto Oliveros, Juan Carlos Gómez Ruiz, Guillermo Iván Ocampo Sequeda, Juliana del Pilar Caro Caro, Paola Margarita Torres Muñoz, se efectuará conforme a lo dispuesto por los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 211 del Código General del Proceso:

*“Artículo 217. TESTIGOS SOSPECHOSOS. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1º. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

<sup>25</sup> Sección Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo, treinta de marzo de dos mil seis, proceso no. 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662).

*“Artículo 218. TACHAS. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1º. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.*

*“Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.*

*“El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”*

A su vez el Código General del Proceso dispone:

*“Artículo 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

*“La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”*

El Tribunal procede entonces a analizar a cada uno de los testigos citados a petición de la **ETB**:

#### **A. JUÁN PABLO VÉLEZ SANTACRUZ**

En Audiencia celebrada el 19 de abril de 2017, según consta en el Acta No. 8, el doctor Juan Pablo Vélez Santacruz rindió su testimonio, el cual fue tachado por el señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.** por haber estado vinculado a la **ETB**.

El Tribunal considera que el testigo Vélez reúne calidades profesionales de alto nivel y que el hecho de que se hubiera desempeñado como gerente de Soluciones TI Experiencia Cliente desde julio 9/13, hasta octubre 30/14 no pone en duda su credibilidad como testigo, ya que en la actualidad no tiene vinculación alguna con la **ETB**, motivo por el cual no acepta la tacha formulada por el señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.**

#### **B. AUGUSTO SOTO OLIVEROS**

En Audiencia del 19 de abril de 2017, según consta en el Acta No. 8, se recibió el testimonio del doctor Augusto Soto Oliveros, el cual fue tachado por el señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.** con el siguiente argumento: “Quiero tachar la imparcialidad del testigo con base en el 211 del Código General del Proceso, por una razón muy sencilla, es porque tuvo una relación de dependencia con **ETB** y las resultas del proceso pueden incidir en eventuales procesos de repetición... de su indebida gestión contractual puede implicar que

---

*la Contraloría General de la República inicie un proceso contra ellos, entonces yo solamente quiero poner eso de presente para que usted lo tenga en cuenta cuando emita el fallo”.*

El Tribunal considera que el testigo también reúne calidades profesionales de alto nivel, y que el hecho de que se hubiera desempeñado como ejecutivo de cuenta del sector Gobierno no pone en duda su credibilidad como testigo, ya que en la actualidad no tiene vinculación alguna con la **ETB**, ni tiene noticia este Despacho sobre investigación disciplinaria o fiscal contra él en virtud del contrato a que se refiere el presente proceso, motivo por el cual no acepta la tachada formulada por el señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.**

#### **C. JUÁN CARLOS GÓMEZ RUIZ**

En Audiencia del 19 de abril de 2017, según el Acta No. 8, el Tribunal recibió el testimonio del ingeniero electrónico Juan Carlos Gómez Ruiz.

El señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.** atacó este testimonio por cuanto estuvo vinculado a la **ETB**.

El Tribunal considera que el testigo reúne calidades profesionales de alto nivel, y que el hecho de que se hubiera desempeñado como gerente de proyectos, así como supervisor de contratos de anexos financieros con los aliados desde septiembre/13 hasta diciembre/16 no pone en duda su credibilidad como testigo, ya que en la actualidad no tiene vinculación alguna con la **ETB**, ni tiene noticia este Despacho sobre investigación disciplinaria o fiscal contra él en virtud del contrato a que se refiere el presente proceso, motivo por el cual no acepta la tachada formulada por el señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.**

#### **D. GUILLERMO IVÁN OCAMPO SEQUEDA**

En Audiencia del 5 de mayo de 2017, según el Acta No. 11, el Tribunal recibió el testimonio del administrador de empresas Guillermo Iván Ocampo Sequeda.

El señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.** fundamentó la tachada de este testigo con el siguiente argumento: “como quiera que hay circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad, en concreto, como quiera que se desempeñó entre los años 2013 y 2015 durante los cuales ocurrieron los hechos que se discuten en este Tribunal de Arbitramento como empleado de **ETB** y además como él mismo lo acabó de manifestar, las decisiones que podía tomar en relación con ese contrato y el resultado de este contrato podrían tener consecuencias desde el punto de vista penal, disciplinario y fiscal para el doctor Ocampo”.

El Tribunal considera que el testigo reúne calidades profesionales de alto nivel, y que el hecho de que se hubiera desempeñado como Vicepresidente empresarial y de gobierno desde abril de 2013 hasta abril de 2015 no pone en duda su credibilidad como testigo, ya que en la actualidad no tiene vinculación alguna con la **ETB**, ni tiene noticia este Despacho sobre investigación disciplinaria o fiscal contra él en virtud del contrato a que se refiere el presente proceso, motivo por el cual no acepta la tachada formulada por el señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.**

#### **E. JULIANA DEL PILAR CARO CARO**

En Audiencia del 5 de mayo de 2017, según el Acta No. 11, el Tribunal recibió el testimonio de la abogada Juliana del Pilar Caro Caro, quien dijo desempeñarse como directora jurídica de la empresa **GETRONICS**.

El señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.** atacó este testimonio expresando que “como quiera que en la declaración que acaba de rendir ha manifestado que trabaja con una empresa que tiene una relación comercial económica y jurídica con largos antecedentes que implica además importantes recursos, cuantiosos recursos económicos en su ejecución, por tanto...la imparcialidad de la testigo está comprometida por esa razón en particular y así fundamento la tacha que acabo de formular”.

El Tribunal considera que la testigo reúne calidades profesionales de alto nivel, y que el hecho de estar vinculada a una empresa que suscribió también un contrato de colaboración empresarial con la **ETB**, no pone en duda su

credibilidad, motivo por el cual no acepta la tacha formulada por el señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.** y así lo declarará en la parte resolutive.

#### **F. PAOLA MARGARITA TORRES MUÑOZ**

En Audiencia del 5 de mayo de 2017, según el Acta No. 11, el Tribunal recibió el testimonio de la doctora Paola Margarita Torres Muñoz

El señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.** atacó este testimonio “como quiera que ha indicado al despacho, es empleada de **ETB** desde hace 20 años y hoy en día en la actualidad la une una relación de dependencia con la demandada, convocada a este Tribunal Arbitral **ETB**, lo cual pone en duda su credibilidad e imparcialidad”.

El Tribunal considera que la testigo reúne calidades profesionales del mejor nivel, no obstante lo cual, el hecho de tener una vinculación laboral con la empresa desde hace aproximadamente 20 años, en el área jurídica de **ETB** y tener en la actualidad el cargo de coordinadora jurídica de contratación de la **ETB**, la coloca en una situación de dependencia de la Empresa, por lo cual el Tribunal acepta la tacha formulada por el señor Apoderado de **COMSISTELCO S.A.S.**, y así lo declarará en la parte resolutive del presente Laudo.

#### **IV. OTRAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PRESENTADAS POR LA PARTE CONVOCADA**

**Segunda Excepción de Fondo: Petición antes de tiempo y falta de causa para pedir. Inexigibilidad de la obligación de pago a cargo de ETB.**

Dice la **ETB** que la Convocante ha actuado en contra de los Acuerdos Empresariales que la han vinculado a la **ETB** durante largo tiempo. Además, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, aceptó de manera libre, expresa y voluntaria cada una de las condiciones y modalidades establecidas tanto en el Contrato de Colaboración Empresarial como en los Anexos Técnico y Financiero-comercial celebrados para brindar una solución integral a la Superintendencia de Notariado y Registro en el marco del contrato 654 de 2013.

La estructura de riesgos, que acompañó la celebración y ejecución del Contrato de Colaboración Empresarial y les permitió aunar esfuerzos para cumplir con una solución integral de carácter empresarial, respecto de una línea de servicio de las siete contratadas para la **SNR**, en los términos del Contrato de Prestación de Servicios 654 de 2013, sólo preveía la responsabilidad de **ETB** en el cobro de los servicios prestados a la **SNR**, pero no respecto del pago a los operadores entre ellos **COMSISTELCO**.

La diferencia fundamental en los contratos de colaboración empresarial es que es el colaborador el que asume los riesgos frente a la ejecución del contrato frente al Cliente, pague o no pague o lo haga de forma parcial, sin que la empresa a la que se le presta la colaboración, los asuma directamente, pues cada una de las partes asume sus riesgos voluntariamente.

Correspondía a la **ETB** cobrar a la **SNR**, como en efecto lo ha hecho, los pagos adeudados por la **SNR**, pero no garantizar el pago al colaborador en este caso **COMSISTELCO**, el cual otorgó a la **ETB** un mandato gratuito para que adelantara las labores de facturación y recaudo, pues se trata de un contrato de colaboración empresarial y no un contrato de proveedor.

Como la **SNR** no ha realizado los desembolsos, los cuales han sido oportunamente cobrados por **ETB**, esto le ha impedido a **ETB** adelantar el trámite subsiguiente de conciliación, liquidación y transferencia de la participación a la que tiene derecho el Colaborar Empresarial.

Dado que **COMSISTELCO** asumió este riesgo al momento de celebrar el Contrato, no puede ahora imputarlo a **ETB** pues hacerlo conllevaría actuar en contra de sus propios actos jurídicos vinculantes anteriores. La jurisprudencia ha reconocido que va contra sus propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, ya que la regla *“venire contra factum proprium non valet”* está fundada en la buena fe, principio de Derecho que irradia todas las relaciones jurídicas.

El Tribunal encuentra fundados los argumentos que sustentan esta excepción, razón por la cual así lo declarará en la parte resolutive de esta Providencia.

### **Tercera Excepción de Fondo: Violación del principio “*pacta sunt servanda*”.**

Para la **ETB** el principio internacional de Derecho **PACTA SUNT SERVANDA**, según el cual *“el contrato es ley para las partes”*, se vulnera gravemente con la presentación de la demanda y las pretensiones en ella contenidas.

De acuerdo con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre *“Derecho de los Tratados”*, suscrito el 23 de mayo de 1969 y aprobado mediante la Ley 32 de 1985, significa que *“todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*, y es un principio adoptado por el ordenamiento colombiano, por lo cual se aplica a todos los convenios y contratos celebrados en nuestro territorio.

En cuanto al Contrato de Colaboración Empresarial celebrado entre **COMSISTELCO** y **ETB**, se trata de un Contrato asociativo en el que se conforma una alianza entre empresarios y comerciantes, para prestarle a un Cliente una solución integral. Por ello los aspectos ahora reprochados por **COMSISTELCO** se ajustan a la realidad comercial de las partes y a su voluntad traducida en aunar esfuerzos para lograr un objetivo específico, asumiendo ambas partes una serie de riesgos jurídicos y económicos producto de la alianza estratégica.

El Tribunal considera que este tipo de contratos asociativos se celebran, entre otras razones, por la confianza que le asiste a un empresario de que la entidad, a la cual los miembros de esta alianza prestarán sus servicios, es una entidad pública cuyas actuaciones contractuales se rigen por los preceptos de la contratación estatal, entre ellos el pago oportuno al contratista, especialmente regulados por el legislador. Hecha esta salvedad, el Tribunal acepta la excepción propuesta por la parte Convocada, lo cual se reflejará en la parte resolutive de este Laudo.

**Cuarta Excepción de Fondo: ETB ha cumplido y sigue cumpliendo la obligación de cobro a favor suyo y de los colaboradores empresarios.**

Afirma la **ETB** en la contestación de la demanda, que está plenamente acreditado el cumplimiento de sus actividades de cobro frente a la **SNR** para que se pagaran los servicios prestados en desarrollo del Contrato 654 de 2013:

- El 27 de diciembre de 2013 radicó ante la **SNR** la cuenta de cobro No. 43058, equivalente a la factura, por valor de \$2.310'038.857;
- El 20 de mayo de 2014 radicó ante la **SNR** la Cuenta de Cobro No. 43542 por valor de \$19.793'772.395, y
- El 30 de diciembre de 2014 radicó ante la **SNR** la Cuenta de Cobro No. 44268 por \$21.259'301.298.
- A partir del 1º. de agosto de 2014 se dio inicio a la Etapa de Liquidación bilateral del Contrato, la que fue acordada en cuatro meses según la Cláusula Vigésima Quinta. Ante las dificultades de solventar las diferencias las partes suscribieron un Acuerdo de Amigable Componedor, en virtud de lo cual **ETB** presentó solicitud de convocatoria ante el Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros el 10 de octubre de 2014, el Ministerio de Justicia y el Derecho emitió concepto jurídico el 5 de marzo de 2015, en el que consideró que el trámite de Amigable Composición debía terminarse por haberse suscrito sin autorización previa del Comité de Conciliación y de Defensa Judicial de cada una de las partes, solicitud reiterada por el señor Delegado del Ministerio Público. El 7 de abril de 2015 el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros dio por terminado el procedimiento.
- La **ETB** intentó la liquidación bilateral del Contrato con el reconocimiento y pago de los servicios prestados y actividades desplegadas, lo cual no fue aceptado por la **SNR**, por lo cual inició, el 23 de junio de 2015, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proceso ejecutivo contractual con el fin de cobrar el valor pactado por los servicios prestados a la **SNR**. La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca libró mandamiento de pago a favor de la **ETB** mediante providencia del 13 de julio de 2015 y el 10 de diciembre de 2015 dictó fallo de primera instancia y ordenó seguir adelante con la ejecución en contra de la **SNR**. En la actualidad el expediente se encuentra para fallo en el Consejo de Estado del Recurso de apelación interpuesto por la **SNR**.<sup>26</sup>
- Adicionalmente, la **ETB** presentó demanda de controversias contractuales a través de la cual solicitó la liquidación judicial del contrato, la cual se tramita en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Número de Radicación 2015-1521, Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>27</sup> M.P. Fernando Iregui Camelo, No. de radicación: 2017-00279.

*Concluye la Convocada que “la obligación de **ETB** era la de adelantar las gestiones necesarias para obtener el cobro de los servicios y actividades prestadas, mas no se obligó con el colaborador o asumió frente a él, la obligación de pago efectivo de los dineros, en esta medida se ha honrado con creces la obligación, se ha demostrado que **ETB** ha desplegado una conducta diligente y cuidadosa tendiente a obtener el pago efectivo de los servicios prestados y para ello ha cobrado ante el beneficiario de los servicios su valor, pero es más, el cumplimiento de esta obligación de cobro de los servicios le ha implicado a **ETB** asumir costos más allá de lo inicialmente previsto, pues en condiciones normales, el pago se realiza contra el recibo a satisfacción, mas la negativa de este pago ha generado la necesidad de realizar esta tarea, pero sumarle otras de carácter extrajudicial y judicial que **ETB** ha tenido que asumir.”*

El Tribunal acepta esta excepción, ateniéndose al dicho de la **ETB** y ordenará en la parte Resolutiva, remitir copia del Laudo a los procesos judiciales mencionados.

**Quinta Excepción de Fondo: Incumplimiento de COMSISTELCO frente a sus obligaciones contractuales.**

Expresa la **ETB** que si bien la **SNR** no ha pagado el valor contractualmente acordado y ha invocado un supuesto incumplimiento contractual por parte de **ETB**, ésta fungió como contratista de la **SNR**, pero muchos de los servicios contratados fueron desarrollados a través de sus aliados, como por ejemplo la línea de energía, servicio que prestó **COMSISTELCO**.

La **SNR** decidió no realizar los pagos acordados, toda vez que **ETB** no superó la etapa de transición en la totalidad de las siete líneas de servicio, según lo manifestó la Interventora nombrada por la **SNR** Price Waterhouse Coopers.

A su vez **COMSISTELCO** manifiesta, en el alegato de conclusión, que los incumplimientos presentados durante la ejecución del Contrato 654 de 2013 celebrado entre la **ETB** y la **SNR** no le son imputables a esta Empresa, ya que fue el único Colaborador Empresarial que superó la etapa de transición y cumplió a cabalidad con las labores previstas en la etapa de operación, como consta en las Actas de Entrega que obran en el Expediente. En efecto, es claro que **COMSISTELCO** dio cumplimiento a lo acordado para la etapa de transición, aunque lo hizo en julio de 2014 cuando la fecha prevista era octubre de 2013, pero es importante tener en cuenta, como lo señala el señor Delegado de la Procuraduría, que los testimonios rendidos en el proceso demuestran las dificultades, aceptadas por la **ETB**, para el cumplimiento de dicho cronograma, por las exigencias documentales de la **SNR**.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Así se colige de varios testimonios, entre ellos el de Juan Pablo Vélez Santacruz, quien se desempeñaba en esa época como gerente de Soluciones TI Experiencia Cliente:

DRA. GARCÉS: de lo que venimos hablando, qué tema quiere resaltar o le parece que es especialmente importante para el Tribunal?

SR. VÉLEZ: Hay un tema importante pienso yo, que hay que resaltar y se refiere a las complicaciones que teníamos con el cliente final, específicamente con una persona, no me acuerdo el apellido, se llama Benedicto; el cliente final no aceptaba muchos de los entregables como le comenté que nosotros le pasábamos a él, a veces las razones no eran muy claras, muy concisas, consistentes, sin embargo sin la firma de él no nos aceptaban a nosotros la entrega de los entregables, los físicos entregables que teníamos que dar, de acuerdo a los compromisos que habíamos adquirido con el cliente final, específicamente esos entregables venían del aliado Comsistelco.

DRA. GARCÉS: Los entregables eran como programas?

SR. VÉLEZ: Era documentación específicamente, documentación que teníamos que entregar, que Comsistelco tenía que levantar en las Oficinas de Registro objeto de esos levantamientos, planos, documentación diversa de acuerdo a lo definido en el anexo técnico del contrato colaborador empresario que se había firmado entre ETB y Comsistelco.

DRA. GARCÉS: Digamos cuando la ETB presentaba a la Superintendencia esos entregables, de alguna manera le había puesto el visto bueno a estos productos?

SR. VÉLEZ: Claro, nosotros éramos los que entregábamos la documentación, se la entregaba directamente ETB al cliente.

DRA. GARCÉS: Es claro que la ETB daba su aprobación a esos proyectos y una vez aprobados sí se le despachaban a la Superintendencia?

SR. VÉLEZ: No es una aprobación porque nosotros no aprobábamos, lo que hacíamos nosotros era validar que la información que venía de Comsistelco cumpliera, muchas veces nosotros antes de pasárselo al cliente también objetábamos ante Comsistelco elementos que no estaban acorde a lo que se había comprometido, otras veces era el cliente, o sea una vez nosotros lo pasábamos al cliente, después de que nosotros revisábamos el cliente hacía



Los siguientes documentos constituyen prueba de dicho cumplimiento:

- Acta 01 de Inicio de Etapa de Operación de la Línea de Energía fechada el 31 de julio de 2014 (folio 217 del Cuaderno de Pruebas) suscrita por la **ETB**, la **SNR** y la Interventora Empresa PWC.
- Acta de Cierre de Etapa de Transición (aportada en medio magnético por la **ETB**, como prueba de oficio decretada por el Tribunal, suscrita por la **ETB** y la Interventoría de la **SNR**, en la cual se expresa: “Los abajo firmantes declaramos que recibimos los siguientes entregables y damos por cerrada la Etapa de Transición a satisfacción.”

Es preciso reiterar que en la declaración de parte del señor Olivares, ya transcrita parcialmente, explicó cómo durante todos los meses que abarcó la etapa de transición se realizaron actividades de mantenimiento. Y además, otras actividades que no formaban parte del Anexo Técnico. Ninguna de estas actividades ha sido remunerada.

El Tribunal, analizados los distintos elementos de juicio, no acepta la excepción propuesta por la **ETB**, y en su lugar considera que es necesario que se decidan los procesos que cursan en lo Contencioso Administrativo, para evitar un perjuicio injusto al Contratista por los servicios efectivamente prestados a la **SNR** y que esta Entidad en justicia debe remunerar.

**Sexta Excepción de Fondo: Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de las pretensiones que exceden el valor pactado en el Contrato de Colaboración Empresarial.**

La suma que se pretende cobrar por **COMSISTELCO** a **ETB** por fuera del valor acordado en el Contrato de Colaboración Empresarial, no cuenta con respaldo contractual o negocial alguno y menos se relaciona con actividades desplegadas dentro del marco del Contrato de Colaboración Empresarial, ya que ostentan el carácter de extra contractuales.

El Tribunal considera que si estas actividades adicionales se prestaron por **COMSISTELCO** a la **SNR** durante la prestación de los servicios de que trata el Contrato No. 654 de 2013, bajo el entendido de que se las remunerarían, la **SNR** deberá pagarlas para no incurrir en un enriquecimiento sin causa.

Por este motivo, y si bien no es la **ETB** la llamada a hacer el respectivo pago, el Tribunal no acepta la excepción propuesta.

**V. PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

La pretensiones de la demanda son las siguientes:

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** Que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas, contenidas en el contrato de adhesión y sus anexos, suscrito entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** y **COMSISTELCO S.A.S.** relativas a la irresponsabilidad y falta de obligaciones de pago a cargo de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** para con **COMSISTELCO S.A.S.** por los servicios prestados por esta última a los clientes.

---

objeciones y fueron muchas veces, o sea un vaivén, muchas veces, lo cual generó un retraso muy notorio de acuerdo a los tiempos que se habían definido en el cronograma inicial.

Por las razones expuestas en el literal J de las CONSIDERACIONES de este Laudo, esto es, que si bien el contrato colaborador-empresario es de adhesión, las cláusulas contenidas en él no son abusivas, el Tribunal considera que no procede esta pretensión y en consecuencia no será despachada favorablemente en la parte resolutive de esta Providencia.

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** El Tribunal decidió que carecía de competencia para conocer de esta pretensión, porque excede el Pacto Arbitral.

**TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** Que se declare que la ETB ha incumplido el CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL suscrito entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y COMSISTELCO S.A.S.

Como quedó demostrado dentro del Proceso. La **ETB** ha realizado las gestiones no solo administrativas, sino también judiciales y extrajudiciales para el recaudo de las sumas que la **SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO** le adeuda por concepto del Contrato No. 654 de 2013 en aras a transferir las sumas que le corresponden a **COMSISTELCO** por los servicios prestados en virtud del Acuerdo de Colaboración Empresarial y los Anexos Técnico y Financiero–Comercial. Por tanto no hay lugar a acceder a la declaratoria de incumplimiento de sus obligaciones para con la parte Convocante.

**CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la **ETB** a pagar el valor total adeudado a **COMSISTELCO**, con sus correspondientes intereses de mora a la máxima tasa legal, por la ejecución de las obligaciones previstas en el ANEXO TÉCNICO AL ACUERDO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL, suscrito por las partes.

De la misma forma, el Tribunal no considera procedente condenar a la **ETB** a pagar el valor total adeudado a **COMSISTELCO**, con sus correspondientes intereses de mora a la máxima tasa legal, por la ejecución de las obligaciones previstas en el ANEXO TÉCNICO al ACUERDO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL, suscrito por las partes, teniendo en cuenta que la **ETB** ha cumplido con realizar las gestiones no solo administrativas, sino también judiciales y extrajudiciales para el recaudo de las sumas que la Entidad Estatal **SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO** le adeuda por concepto del Contrato No. 654 de 2013, y que, según este Contrato, una vez recibidas por la **ETB**, esta Empresa debe transferir a los Colaboradores Empresariales entre ellos a **COMSISTELCO**.

**QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** Que se condene a la demandada a pagar a mi representada las costas y agencias en derecho del presente caso.

**Las costas** están constituidas por las expensas, o sea los gastos en que incurrir las partes por la tramitación del proceso, así como por las agencias en derecho, éstas últimas definidas por el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura como *“la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso...”*

Por tratarse de un contrato estatal de derecho privado, como lo hemos analizado anteriormente, la competencia para conocer de las controversias que surjan en relación con el mismo corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo cual acudimos al artículo 188 de la Ley 1731 de 2011:

**“Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

El Contrato celebrado entre la **ETB** y **COMSISTELCO** en la Cláusula sobre Procedimiento para Solución de Diferencias no prevé disposición alguna en materia de costas.

Teniendo en cuenta que el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de condenar frente a las pretensiones de la parte Convocante, considera que al no prosperar dicha condena, no procederá la condena en costas. Por ello se considera pertinente dar aplicación al artículo 365 del Código General del Proceso, a cuyo tenor:

*“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*“...8. Solo habrá lugar a **costas** cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*

El Tribunal no encuentra que se haya comprobado en el expediente su causación, por lo cual se abstendrá de efectuar esta condena.

## **VI. JURAMENTO ESTIMATORIO**

Se encuentra regulado por el artículo 206 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, así:

**“Artículo 206. JURAMENTO ESTIMATORIO.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

*“Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*“Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

*<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*

*“El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*

*“El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación, los frutos o mejoras, sea un incapaz.*

**“PARÁGRAFO.** <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

*La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”*

En la demanda, y posteriormente en memorial por medio del cual se subsanó la demanda, **COMSISTELCO** presentó juramento estimatorio, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 206 del Código General del Proceso.

**COMSISTELCO** estimó que el valor de los perjuicios calculados al 15 de octubre de 2016, aproximadamente ascenderían a la suma de **MIL QUINIENTOS TREINTA DOS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL ONCE PESOS (\$1.532'364.011) MONEDA CORRIENTE**, los cuales se discriminan así:

- (i) Frente a las distintas obligaciones debidamente ejecutadas pero no pagadas se adeuda la suma de **NOVECIENTOS VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS (\$920'817.128) MONEDA CORRIENTE**.
- (ii) Frente a los correspondiente intereses adeudados, ellos equivalen a la suma de **SEISCIENTOS ONCE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$611'546.883) MONEDA CORRIENTE**.

#### **Metodología Empleada para calcular el valor de los perjuicios:**

La Convocante afirma en el memorial de 4 de noviembre de 2016 que para calcular el monto de los perjuicios mencionados se efectuó una sumatoria del valor de las distintas prestaciones ejecutadas por **COMSISTELCO** en el marco

del documento denominado “Anexo Técnico al acuerdo de colaboración empresarial suscrito entre la **ETB** y **COMSISTELCO** para el desarrollo del Contrato de prestación de servicios No. 654 de 2013, celebrado entre la **SNR** y la **ETB**.

Para el cálculo de los intereses adeudados se determinó el momento en que culminaron todas las labores previstas en el Anexo Técnico, que fue el día 31 de julio de 2014; a partir de esa fecha y hasta el 15 de octubre fueron calculados los intereses correspondientes.

La Convocada arguye que en este caso es claro que lo contratado se deja de lado, pues se interpreta erradamente el contenido de las obligaciones asumidas y la distribución de riesgos pactada, y bajo esa equivocada intelección se estima la cuantía de los perjuicios desconociéndose las reglas que vincularon a las partes contractualmente.

En otras palabras, la **ETB** considera que entre **COMSISTELCO** y la **ETB** no existió un contrato de prestación de servicios, pues la relación comercial entre ellas deja de lado la existencia de una relación contratante – contratista, acreedor – deudor para asumir el ropaje de un acuerdo de colaboración en el que las partes negociales aunaron esfuerzos en aras de un fin común, que en este caso era la prestación de la solución integral a la **SNR**, para cumplir con el Contrato 654 de 2013. Era la **SNR**, como cliente, la encargada de otorgar el recibo a satisfacción de los servicios y actividades y autorizaba la fase de operación una vez terminada la fase de transición.

Al no recibir la **ETB** el pago por los servicios en razón a que no se entró en fase de operación por parte de la **SNR**, **COMSISTELCO** estaba en el deber contractual de asumir este riesgo y tomar las medidas de mitigación a que hubiera lugar, pues el riesgo comercial fue expresamente asumido por ella y además exoneró contractualmente a **ETB** de obligación alguna relacionada con este riesgo.

Ante la estimación de **COMSISTELCO**, como parte de sus perjuicios, de las consecuencias del incumplimiento de la **ETB** de sus obligaciones de cobro y recaudo, la **ETB** hace explícitas sus actividades de recaudo de manera directa ante la **SUPERINTENDENCIA** desde cuando estaba en ejecución el Contrato y posteriormente ante las autoridades judiciales.

Añade que **COMSISTELCO** pretende cobrar a la **ETB** una suma por fuera del valor acordado en el Contrato, por concepto de servicios adicionales supuestamente prestados que ostentan el carácter de extracontractuales, lo que impide su planteamiento ante el Tribunal Arbitral.

Como los planteamientos de la **ETB** se refieren al fondo del asunto planteado dentro del proceso, o sea que quien tiene la obligación de pagar los servicios prestados por **COMSISTELCO** dentro del marco del Contrato 654 de 2013, el Acuerdo de colaboración empresarial y los Anexos Técnico y Financieros – comerciales, es la **SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO**, como receptora de dichos servicios y no la **ETB**, el Tribunal concluye que no prospera la objeción de la cuantía del valor de los perjuicios.

## VII. SANCIONES DEL ARTÍCULO 206 DEL C.G.P.

En lo que concierne al juramento estimatorio hecho por la convocante en la demanda y su subsanación y a las eventuales consecuencias que pudieran derivarse del mismo, el Tribunal considera pertinentes las siguientes consideraciones.

El artículo 206 del Código General del Proceso dispone que:

*“(…) quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras deberá estimarlo en forma razonada, bajo juramento, en la demanda y deberá discriminar cada uno de los conceptos que reclama. Dicho juramento hará prueba del monto de los perjuicios mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.”*

Las consecuencias que se derivan por la estimación excesiva de los perjuicios se consagran en el inciso cuarto del referido artículo 206, en los siguientes términos:

*"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada".*

El párrafo del citado artículo también consagra una sanción para el demandante cuando las pretensiones de la demanda sean denegadas por ausencia de prueba del perjuicio reclamado, es decir, cuando no se concede lo pedido por no haberse demostrado la existencia del daño cuya indemnización se reclama, siempre que la aludida falta de demostración obedezca al actuar negligente o temerario de la parte. El párrafo de la misma norma dispone:

*"También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

*La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."*

En relación con la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 206 del CGP, la jurisprudencia ha precisado que para la aplicación de las mismas, el fallador debe tomar en consideración las actuaciones procesales de las partes en cada caso concreto. Por lo que, no basta una simple constatación de la diferencia aritmética entre lo estimado y la probado en el proceso, en tanto las referidas sanciones previstas en la ley tienen como objeto condenar conductas temerarias, descuidadas y reprochables de quien formule pretensiones indemnizatorias exageradas y desprovistas de los estudios, análisis y razonamientos que deben justificar esa clase de súplicas.

Así lo señaló la Corte Constitucional, en la sentencia C-279 de 2013, en la cual se indicó que *"Esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas 'temerarias' y 'fabulosas' en el sistema procesal colombiano, lo cual implica, como es elemental, el análisis de la conducta desplegada por el demandante y no simplemente la imposición casi inmediata de la sanción cuando quiera que lo probado en el proceso resulte ser inferior a lo estimado, en la proporción indicada en la norma".*

Dicho planteamiento coincide con lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013, en la que al analizar la constitucionalidad de la sanción prevista en el párrafo de la disposición, consideró que *"si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba", no puede operar la sanción en comento, habida cuenta que en esa medida ella vulneraría "el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte."*

Teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial de la materia, así como la necesidad de verificar la conducta de la parte, el Tribunal considera que el actuar procesal de la demandante no fue temerario, desleal o abusivo y que pese a que el valor presentado en el juramento estimatorio no fue reconocido

por el Tribunal, pues todas las pretensiones fueron desestimadas, dicho juramento no fue infundado o temerario.

En efecto, como quedó expuesto a lo largo de esta decisión, el Tribunal concluyó que la parte convocante tiene derecho a los reclamos efectuados y quedó demostrado el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, sin embargo, según lo estudiado por el Tribunal se concluye que lo pactado por las partes en el Contrato de Colaborador Empresario corresponde a una relación comercial de contrato de cuentas en participación y no al de un contrato de proveedor o prestación de servicios, motivo por el cual el pago de la ETB a COMSISTELCO depende del pago que la SNR haga a la ETB, pues fue la primera la que se benefició con el servicio prestado por COMSISTELCO. Es entonces el tipo de relación comercial existente entre las partes y el sistema de riesgos pactado en el contrato la razón por la cual el Tribunal negó las pretensiones, queriendo esto decir que, el resultado del presente Laudo, desfavorable en su parte resolutoria para la parte convocante, no obedece a un actuar negligente o temerario de COMSISTELCO.

Por las razones expuestas, el Tribunal no impondrá sanción alguna con fundamento en el artículo 206 del Código General del Proceso.

Conforme a lo expuesto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y en virtud de la delegación de las partes, el Tribunal de Arbitramento

#### VIII. RESUELVE:

**PRIMERO: DECLARAR** improcedentes las **EXCEPCIONES PRIMERA, QUINTA Y SEXTA** propuestas por la Parte Convocada, la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP- ETB** -, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

**SEGUNDO: DECLARAR** procedentes las **EXCEPCIONES SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA** propuestas por la Parte Convocada, la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP- ETB** - por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

**TERCERO: NO ACCEDER** a las **PRETENSIONES PRIMERA, TERCERA, CUARTA Y QUINTA PRINCIPALES** de la demanda presentada por la Parte Convocante **COMSISTELCO S.A.S.** por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

**CUARTA: DECLARAR** no probada la tacha realizada por **COMSISTELCO S.A.A.** contra los Testigos citados por la Convocada señores **JUÁN PABLO**

**VÉLEZ SANTACRUZ, AUGUSTO SOTO OLIVEROS, JUÁN CARLOS GÓMEZ RUIZ, GUILLERMO IVÁN OCAMPO SEQUEDA y JULIANA DEL PILAR CARO CARO.**

**QUINTA: DECLARAR** probada la tacha realizada por **COMSISTELCO S.A.S.** contra la Testigo, doctora **PAOLA MARGARITA TORRES MUÑOZ**, citada por la Convocada.

**SEXTA: DECLARAR** que no prospera la objeción contra la cuantía objeto del juramento estimatorio prestado por **COMSISTELCO**, que fuera formulada por la **ETB**.

**SEPTIMA: ORDENAR** que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y copia simple al señor Delegado del Ministerio Público.

**OCTAVA: ORDENAR** que por Secretaría se envíe copia autenticada de este Laudo al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, con destino al Proceso con No. de radicación: 2017-00279, M.P. Fernando Iregui Camelo, con el fin de que obre dentro del Proceso para los efectos a que haya lugar.

**NOVENA: ORDENAR** que por Secretaría se envíe copia autenticada de este Laudo al Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, con destino al Proceso de Radicación No 2015-1521, Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico, para que obre dentro del Proceso, para los efectos a que haya lugar.

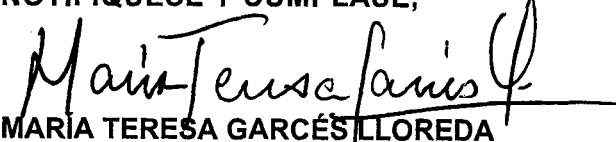
**DÉCIMA: ORDENAR** que una vez en firme esta providencia, se realice su inscripción en el correspondiente Registro y el archivo del Expediente en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con lo ordenado por el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

**DÉCIMA PRIMERA: DECLARAR** causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria y en consecuencia **ORDENAR** el pago de dicho saldo por la Árbitro Única del Tribunal.

**DÉCIMA SEGUNDA:** La Árbitro Única del Tribunal rendirá cuentas razonadas a las partes de las sumas depositadas para gastos y **ORDENA** que se proceda a devolver las que no fueron utilizadas de dicha partida, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

**DÉCIMA TERCERA: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS** por lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

  
**MARIA TERESA GARCÉS LLOREDA**  
Árbitro Única

  
**MARIA ISABEL PAZ NATES**  
Secretaria